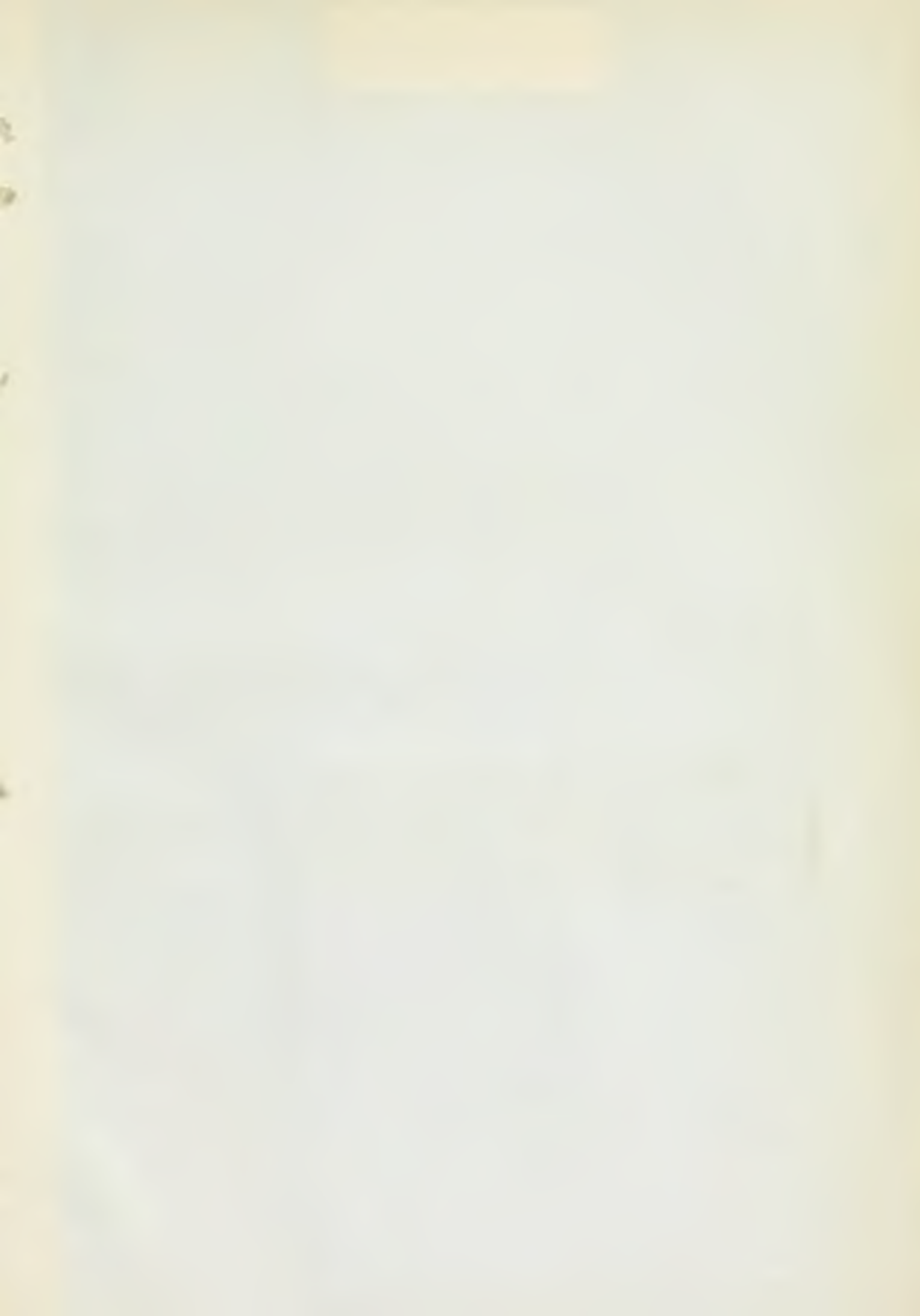








32101 072543299



عزالدين بجزالعلوم

# مُحْكَمُ فِرَهِسَةٍ

مِنْ مُحَاضَرَاتِ آيَةِ اللَّهِ الْعُظْمَى  
الشيخ جَسِينِ الْحِلِّي

- دام ظلّه -

مطبعة الاداب - النجف - تلخون ٨٩٨

١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م





al. Hilli, Husayn

عز الدين بحر العلوم

Bahith Fiqhiyah

# بحر في فقهية

من محاضرات آية الله العظمى  
الشيخ حسين الحلي

طبعة الاداب - النجف - تلغون ٨٩٨

١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطاهرين

١٩٨٦ - ١٤٠٨ هـ

مجلس العلماء  
بمكة المكرمة  
الجمعة ١٠ ربيع الثانی ١٣٢٥





## كلمة المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

لم تكن الشريعة الاسلامية كبقية الشرائع السائدة السابقة محددة من حيث الزمن ، أو هي مختصة بأمة من الناس . بل هي غائمة الرسالات الالهية الى البشر حتى يختار الله لهذا الكون نهايته المقسدة ، ولهذا فهي كفيلة بإسعاد المجتمع ، ومعالجة مشاكله ، وإكمال بواقعه . فهي في حقيقتها قانون إلهي للإنسان ، فلا بد من تطبيق أحكامها ، ورعاية مفرداتها ، وهي في الوقت نفسه أحكام توقيفية لا تخضع للتبدل الطارئ . من تعاقب القرون لخلال محمد (ص) حلال الى يوم القيامة ، وحرامه حرام الى يوم القيامة .

ولما كانت مقتضيات العصر المتغيرة لبعض المشرعين قد استدعت تشريع أحكام حسب ما استحدثت من الوقائع كان من اللازم عرض هذه الأحكام على واقع الدين الاسلامي ، وأحكامه الكلية المنسقة لكل زمان ، ومكان ، ومعرفة ما اذا كانت ملائمة لما أم لا وبيان أوجه المفارقة فيها ان كانت ؟ والشريعة المقدسة - كما أسلفنا - لم تكن مختصة بطبقة خاصة ، أو أجيال

معينة ، بل هي رسالة اسماء الى آساء الأرض في جميع الأرمئة مهما امتد عمر الأيام ، ولذا فلا بد من معالجة ما يحدث ويحدث من أمثال هذه المواضع . وتقع مهمة المعالجة على عاتق رجال لعقته فهم السالطة التشريعية ، ولهم الكلمة الفصل فيها وشعوراً بهذه الحاجة تقدمت مع عدد من ، حواى طلاب العلم والمعرفة الى سماحة شيخنا الأكبر آية الله العظمى الشيخ حسين الحلى - دام ظله - . فلتتم منه التفصيل باسماء رآيه في هذه البحوث في اطار البحث والتدريس ليقول كلمته فيها على ضوء ما تقرره الشريعة المقدسة .

واستجاب شيخنا الكبير لهذه الرغبة الملحة ، وألقى في رمضان ١٣٨١ محاضراته في هذه المواد التي أسطها بين يدي انقارى .

ورغبة منى في تعميم هذه المواضع ، ونشرها بين يدي الناس رأيت من اللازم على أن أدمع هذه البحوث شىء من النظريات الحديثة من مصادرنا العصرية وآراء أهل الخبرة من الفنين فيها .

ثم رأيت أن بعض المواضع - وهي من مواضع الساعة أيضاً وحاجة المجتمع اليها كبيرة - لم بحثها - دام ظله - باعتبار أن الوقت المحدد لأمثال هذه الدروس قد انتهى ، وحرصاً على الاستفادة منه سمعت آراؤه عن طريق المذاكرة والاستفتاء .

وأخرجتها بعد هذا كله للقراء حيث أصعبها بين يديهم عسانى أن أكون قد بخدمه دينية لاحواى من مهمهم الوقوف على هذه الحقائق .

والله من وراء القصد

السجع الأشرف : عز الدين السيد على بحر العلوم

في ٨ ذى الحجة ١٣٨٣

# التأمين

حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه ، انواعه  
الشروط لأولية والأركان المطلوبة في عقد التأمين  
التأمين عقد رسائي ، وثيقة التأمين ( الوليصة )  
طبيعته من الناحية الدينية ، تطبيقه على الصهار  
بحث في الصهار واقسامه ، تطبيقه على الحبة ، تطبيقه  
على الصلح ، عرضه على العواعد العامة ، عرضه  
على الاصول العملية ، تنبيهات رتبة ١٠ - التأمين  
التعاون ، ٢ - التأمين المختلط مع الاشتراك  
في الأرباح ، ٣ - موقف الشريعة من الفوائد  
الربوية المترتبة عليه ، ٤ - اعادة التأمين •





من المعاملات المستحدثة والتي لم تكن في معرض التداول على عهد  
المشرع الاسلامى ( عملية التأمين ) .

والبحت عن هذا الموضوع من ناحيتين :

١ - حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه .

٢ - طبيعته من الناحية الدينية ورأى شيخنا الحلى - دام ظله - فيه .

حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه :

كل شيء في هذه الحياة معرض الى الخطر بأوسع ما تشتمل عليه كلمة  
- كل شيء - من الأموال ، والنفوس ، وغيرهما .

والانسان مدفوع بدافع خفي من غريزته الى تحاشي الخطر وبذل  
أقصى ما يمكن في سبيل تبديد الاحطار عنه وعن ممتلكاته .

ولذا كانت فكرة التأمين من جملة الاشياء التي تبعد شبح الاحطار عن  
الانسان - سواء في نفسه ، أو ممتلكاته - من غرق أو حريق أو سرقة  
أو وفاة وما شاكل هذه من الحوادث مما يؤمن له أو لأفراد عائلته قسطاً  
وافراً من المال والراحة بحيث تكون بمثابة التمويض عما يلحق الفرد  
من الخسائر والأضرار في تلك المناسبات .

## ماهو التأمين ؟

لا يخرج التأمين في حقيقته عن كونه تعويضاً للآسان عن نتائج ما يقع عليه أو على الغير بواسطة حادثة من حوادث القضاء والقدر وذلك بمقتضى نظام تعاوى يقوم على القوانين والاحصائيات الحديثة . ولهذا عرف :

بانه إنفاق بين المؤمن - الشركة - من جهة وبين شخص أو عدة أشخاص يعبر عنهم بالمؤمن له أو لهم - طالب التأمين - من ناحية أخرى . ومقتضى هذا الاتفاق يتعهد المؤمن - الطرف الأول - بأن يدفع للمؤمن له - الطرف الثانى - مبلغاً معيناً من المال أو ما يساويه بمجرد وقوع حادث معين مبين في وثيقة العقد فى مقابل أن يدفع المؤمن له ، أو يتعهد بدفع مبلغ يتفق عليه الطرفان يسمى بقسط التأمين .

## تاريخ التأمين :

والتأمين بتطوره البدائية لم يكن وليد الأيام المتأخرة بل هو موجود من زمن بعيد وإن لم يكن معروفاً لدى العامة كفكرة لها قوانينها ونظمها الخاصة . ولأخذ لذلك مثلاً ، فإن هذه الممارسات التى تصل الى الإنسان من أقاربه وأصدقائه عند مرضه أو حلول كارثة به هى نفسها فكرة التأمين بشكلها البدائى .

وكذلك العادات العشائرية القاضية بجمع الدية لنوى القتل لو صدر اعتداء من أحد أفراد العشيرة على الغير هى نفسها فكرة التأمين أيضاً وضمن حياة القاتل من القتل الذى يكون بمثابة الاقتصاص منه . هذا وأمثاله

أنواع أخرى من أمثلة التأمين بشكله البدائي .

والى غير ذلك من الالتزامات التي يلزم بها الناس المؤدية لنفس النتائج التي تؤدىها فكرة التأمين من دون أن يطلق عليها هذا الاسم أو يجعلها خاصة لقوانين منظمة كما هي عليه اليوم كافة شركات التأمين .

وقد ذهب المتبعون من الدين واصلوا البحث عن تاريخ هذه الفكرة الى دعوى وجودها من أيام الاغريق حيث وجدت جماعات من ملاك العبيد كانوا يدفعون أقساطاً معينة عن عبيدهم الى الجمعيات التي كانت قد أنشئت لهذا الغرض في مقابل أن تدفع الجمعية لهم ثمن العبيد لو هرب من سيده .

« وفي بلاد الاغريق وجدت جماعات من ملاك العبيد يدفعون أقساطاً عن عبيدهم فاذا هرب أحد العبيد من صاحبه عوضته الجمعية ثمن العبد كما أسس الرومان جمعيات تعاونية لنقل الموتى ، والغرض من تأسيس هذه الجمعيات هي أن تقوم بدفع مصاريف الجنازة كلها في مقابل أن يدفع كل عضو مبلغاً سنوياً من المال كل أسبوع وهذه الجمعيات لم تزل موجودة الى الآن في إنجلترا » (١) .

#### عقود التأمين :

ومن ناحية عقود التأمين فإن قدمها يكشف لنا عن تنظيم هذه الجمعيات بشكل يحضغ الى الأنظمة الخاصة من ذلك الوقت .

« وأقدم عقد ايطالى للتأمين صدر في سنة ١٣٤٧ ميلادية ، ويحتمل أن يكون هناك أقدم منه .

(١) محاضرات الفها الاستاذ محمود عزمي مدير شركة التأمين المصرية  
في طبعة الصف الثاني في كلية التجارة والاقتصاد العراقية .

وأقدم قضية للتأمين البحري يرجع تاريخها الى سنة ١٣٦١ م .  
 وأول شركة لتأمين الحريق تأسست في لندن سنة ١٦٦٦ م .  
 أما تأمين الحوادث فهو أحدثها عهداً وأول صورة من صورته كان  
 ضد الحوادث الشخصية سنة ١٨٤٥ م ، (١) .

### أنواع التأمين :

ليس من الممكن حصر التأمين في أنواع معينة ما دام الانسان عرضة  
 للاخطار فهي تزداد مع مرور الزمن وكلما دعت الحاجة الى أنواع جديدة منه  
 ويمكننا أن نذكر قسماً منها والتي توفرت لدينا أمثاؤها :

التأمين - على الحياة .

التأمين - على الحريق ، السرقة ، وماشاكل ...

التأمين - على النقل البحري ، البري ، الجوي ...

التأمين - على حوادث السيارات والطائرات والمراكب وغيرها .

وهناك أنواع كثيرة منه تشابه ولكن بالامكان إرجاع بعضها  
 الى البعض الآخر فلا داعي الى التلويل .

### الشروط الأولية والأركان المطلوبة في عقد التأمين :

عملية التأمين تشتمل على أركان وشروط لا بد من استكمالها في هذه  
 المعاملة .

#### أركانها :

١ - الإيجاب والقبول

- ٢ - المؤمن عليه : شخص ، ثروة ، مرض ، وما شاكل .  
 ٣ - مبلغ التأمين : الذى تدفعه الشركة عند حدوث الخطر وما يدفعه طالب التأمين الى الشركة من المال .

شروطها :

- ١ - بيان الخطر المؤمن ضده : حريق ، وفاة ، سرقة ، عجز ، مرض ...  
 ٢ - القسط الذى يدفعه طالب التأمين الى الشركة لو أراد التقسيط وكيفية تسديد الأقساط المربقة على المؤمن له .  
 ٣ - مدة العقد . تاريخ إتمامه وانتهائه .  
 هذه هى أهم الشروط المطلوبة فى عقد التأمين بين الطرفين .  
 ولا بد لنا من دراسة هذه الأركان والشروط توضيحاً لها عما يكتنفها من الغموض .

الإيجاب والقبول :

وهما ركن فى عملية التأمين .

الإيجاب : ويتم من قبل طالب التأمين بعد أن تقدم الشركة له إستمارة تحتوى على بيان النوع الذى يؤمن الشخص عليه : ثروة أو نفساً أو ماشايه وعلى القسط الذى يتفق عليه الجانبان ليدفعه المؤمن له مرتباً ، وعلى مبلغ التأمين الذى يجب على الشركة دفعه كتعويض عند حلول الخطر المؤمن عليه إضافة الى بقية الشروط المتفق عليها بين الشركة وبين طالب التأمين . ويكون توقيع هذه الاستمارة من قبل طالب التأمين إيجاباً منه بذلك .

القبول : ويكون بتصدير الوثيقة التى تؤدى وجود التعاقد بين الجانبين ومصدر هذه الوثيقة - عادة - الشركة لتدفعها الى طالب التأمين . وهذا يتم الركن الأول من الأركان المطلوبة فى عملية التأمين .

المؤمن عليه :

وبيان المؤمن عليه من أُمَامِيَّات التَّأْمِينِ حيث تتوقف عليه المعاملة التَّأْمِينِيَّةُ إِذْ يَحْتَلِفُ الْمُؤْمِنُ عَلَيْهِ . فَرَّة - يَكُونُ حَيَاةَ طَالِبِ التَّأْمِينِ ، وَثَابِتَةً - بَعْضُ الطَّوَارِئِ الْعَارِضَةِ عَلَيْهِ ، وَثَالِثَةً - أَمْوَالُ الشَّخْصِ وَمَمْلَكَاتِهِ وَلِكُلِّ مِنْ هَذِهِ خُصُوصِيَّاتِهِ وَأَوْضَاعِهِ وَلَا يَدُلُّ لِلشَّرْكَاءِ مِنْ تَقْدِيرِ ظُرُوفِ كُلِّ مِنْ هَذِهِ الْخُصُوصِيَّاتِ وَمِلَاحَظَةِ مَا تَدْفَعُهُ آرَاءُ مَا يُؤْمِنُ عَلَيْهِ وَعِنْدَ عَدَمِ ذِكْرِهِ لَا تَتَحَقَّقُ عَمَلِيَّةُ التَّأْمِينِ إِذْ تَقِفُ شَرَكَةُ التَّأْمِينِ مَكْتُوفَةٌ بِالدَّعْوَى أَيْ شَيْءٍ تَرْتَبُ دَفْعُ الْأَمْوَالِ .

مبلغ التأمين :

وهذا أيضاً من أركان عملية التأمين فاننا لو أغضينا النظر عنه لما تمت العملية المذكورة ، إذ لا يكون في البين داع لأن يؤمن الشخص على حياته أو ماله بعدما أغفل هذا الركن من البين ، فلا بد من وجود هذا الركن وبيان ما تدفعه الشركة الى الشخص الذي يريد التأمين على حياته أو ممتلكاته . ومن الجهة الثانية لا بد من حصول بيان ما يدفعه الشخص لإراء تأمين الشركة بالمبلغ الفلاني على نفسه ، أو أمواله لثلاث تكون المعاملة مخالية من الاعتبار فبإزاء أى شيء تقدم الشركة لو لم يؤخذ بنظر الاعتبار هذا الموضوع من جهتيه : ما تعوضه الشركة عند حدوث الخطر المتفق على التعويض بإزائه وما يقصد طالب التأمين من المبلغ ليكون باراء ذلك التعهد الصادر من شركة التأمين .



بيان الخطر :

وبيان الخطر من شروط معاملتنا التأمينية لاختلاف أنواع الخطر من حيث تقدير المبالغ التي تعرضها الشركة لطالب التأمين ، فإن التأمين له شروطه الخاصة ، وتختلف الخصوصيات المترتبة عليه عن خصوصيات حلول المرض أو العجز أو الشيوحة . وهذا كله يختلف اختلافاً كلياً عن حوادث السرقة فلكل من هذه الجوانب خصوصية تنفرد بها عملية التأمين .

أقساط التأمين :

ويختلف الحال في أقساط التأمين باختلاف النسب والمبالغ : فتارة .. يدفع ما عليه مرة واحدة الى الشركة ، وثانية .. يرغب في تقسيط المبلغ ولا بد من حصول الاتفاق بين الطرفين على كيفية تسديد المبالغ .

مدة العقد ، تاريخ ابتدائه وانتهائه :

ومن الشروط المطلوبة أن يذكر الجانبان مدة التأمين ، وهل انها تبقى نافذة المفعول الى الأخير أو يرغب طالب التأمين باجراء عقد لمدة معينة ؟ ولا يجوز أن يبقى هذا الشرط مجهولاً إذ على بيان هذا الشرط يتوقف مبلغ التأمين من الجانبين ما تدفعه الشركة وما يدفعه طالب التأمين من الأقساط .

التأمين عقد رضائي :

تعتبر أنظمة التأمين هذه العملية من عقود المعاوضة والتي يتم فيها الإيجاب والقبول يسبباً أخذت المعاوضة بعين الاعتبار من قبل القوانين الوضعية عامة . ذلك لأن كلا طرفي المعاملة مأخوذ بنظره ما يعطى .

فالشركة تعتمد بدفع المبلغ المؤمن عليه في مقابل الحصول على مقدار من المال يتفق الطرفان على طريقة استحصاله . وطالب التأمين يدفع الأقساط الممينة عليه في قبال الحصول على المبلغ المؤمن عليه ، سواء في وقت معين كأن يفرض التأمين الى وقت يحدده الطرفان أو يكون لورثته عند حدوث الوفاة أو ما يتلف من ممتلكاته .

وثيقة التأمين ( البوليصة ) :

أما الوثيقة التي تثبت وجود التعاقد بين الطرفين فانها تعتبر رصيذاً ضخماً لصاحبها تبعاً لضخامة المبلغ المؤمن عليه ، ولهذا الوثيقة أهميتها التجارية في نظر العرف التجاري ، فان الدائن لا يحدد الحرج في إقراض صاحبها المال حيث يحدد من الشركة حيز موعوض لدينه لو مات الغريم . وكذا التاجر ينظر الى البضاعة المستوردة من الخارج بغير النظرة التي ينظر بها الى البضاعة غير المؤمنة ، لأن البضاعة المؤمنة مكفولة من قبل الشركة وهي ملزمة بإيصال المال اليه ، وعند حدوث التلف مستعدة لتعويضه عن الأضرار التي حلت ببضاعته .

ثانياً - طبيعة هذه العملية من الناحية الدببية :

ان شيخنا الأستاذ - دام ظله - يرى التأمين :  
« إتفاق بين الطرفين المؤمن - الشركة - أو من يقوم مقامها وبين المؤمن له - طالب التأمين أو المأذون من قبله - نتيجة أن المال اذا تلف تكون خسارته على المؤمن في قبال أن يدفع المؤمن له مبلغاً من المال يتفق عليه الطرفان من حيث القدر والتسديد » .

وحيث كانت هذه المعاملة مستحدثة لعدم وجود لها على عهد المشرع الاسلامي كما هي عليه اليوم ، فلا بد لمعرفة حكمها الشرعي من إتباع الطرق الآتية :  
أولاً - عرض هذه المعاملة على المعاملات الشرعية التي كانت قائمة في ذلك الوقت لعلنا نجد من بين تلك المعاملات ما يماثل ما نحن فيه من معاملة التأمين .

ثانياً - تطبيق إحدى الفواعد العامة على معاملتنا التأمينية لو لم نجد لها ما يماثلها في عهد المشرع الأعظم .

وسند العجز عن هذين الطريقتين فلا بد من الانتقال ثالثاً - الى الأصول العملية .

وسنذكر موجزاً لتعريف الأصول العملية ومتى نحتاج اليها .

### عرض التأمين على المعاملات الشرعية :

إذا عرضنا عملية التأمين على باب الضمان نرى أنه يستفاد من ملاحظة التأمين وتعريفه وجود ما يشبه الضامن والمضمون وعلى هذا فيلزمنا البحث عن حقيقة المعاملة الضمانية ، وكيفية تصوير الضمان بالنسبة الى كل من الفحوس والاعيان الخارجية ، ومدى التقائه مع معاملتنا هذه ، وبهامية ذلك يكون التأمين من صفريات باب الضمان ويجري على التأمين مايجري على الضمان .  
ومما سبق عرفت . أن الأركان التي تتألف منها عملية التأمين هي :  
الايجاب والقبول .

المؤمن عليه .

مبلغ التأمين .

فان كانت معاملات الضمان تشمل على مثل هذه الأركان تمكنا من إدراج التأمين في باب الضمان .

ماهو الضمان :

ولا بد أن يبحث مصطلح الضمان من الناحيتين اللغوية والفقهية .

الضمان في اللغة :

اختلفت كلمات اللغويين في الضمان :

فذهب البعض : إلى أنه مأخوذ من ضمم ، ومعناه ضم شيء إلى آخر بينما ذهب آخرون إلى أن الضمان مأخوذ من ضمن ، ومعناه ادخال الشيء في العهدة والخيانة فإذا قال : ضمننت ثوبك ، فمعناه أتى أدخنت الثوب في عهدتي وحياتي وضمني .

والى هذا الرأي الثانى ذهب صاحب القاموس حيث قال : وما جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه ، (١) .

وفي تاج العروس قال : « ويقال : ضمن الشيء بمعنى تضمنه ، ومنه قولهم : مضمون الكتاب كذا وكذا - إلى قوله - وفاقة ضامن ومضمان حامل » (٢) .

وفي لسان العرب قال : « وضمن الشيء الشيء إذا أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر وقد تضمنه هو قال ابن الرقاق يصف فاقة حاملا . أوكت عليه مضيقاً من عواهنها كما تضمن كشح الحرة الجبلا (٣) ومن هذا العرض لأراء اللغويين يعرف أن الضمان مأخوذ من الضمن لامن الضم . فإذا قال : ضمننت مالك ، فمعناه أتى أدخلت في حياتي وعهدتي

---

(١) القاموس : مادة ضمن

(٢) تاج العروس : مادة ضمن

(٣) لسان العرب : مادة ضمن

لا انى ضمنت مالك الى مالى . لما يرد على هذا الراى من أنه لو كان أصل ضمن هو ضم بالمعين فلا وجه لتجريدته من أحد ميميه وأبدالها بالتون . فالتعين أن ضمن أصل برأسه .

### فى اصطلاح الفقهاء :

فان الضمان هو إدخال المضمون فى عهدة الصامن والقيام من جانبه بكافة ما يترتب على هذا الادعال والحمل من أحكام . وهذا يكون قريباً من مفهومه اللغوى .

### أقسام الضمان :

ينقسم لضمان بحسب الطر الأولى الى قسمين :  
الأول - ما كان تحققه متوقفاً على فعل خارجى . كضمان اليد والتلف  
الثانى - ما كان محتاجاً فى حصوله على الانشاء . كضمان الديون .

### ضمان اليد :

حيث يتحقق الضمان بمجرد وضع اليد على شيء ، فان على اليد ما أخذت حتى تؤدى كفيته لزوم إرجاع ذلك الشيء الى صاحبه لو كانت العين باقية ، أو أداء بدله من المثل ، أو القيمة لو تلفت العين قبل إرجاعها ويكون وجوب الأداء من آثار كون العين فى عهدة من وضع يده عليها من دون توقف الى إنشاء من أحد الطرفين .

ويطحق بذلك :

ضمان التلف :

فان قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن قاضية بأداء الدل لو كان لذلك التالف بدل أو القيمة لو كان فيمياً ، ولا حاجة في هذا النوع من الضمان الى انشاء من أحد الطرفين بل نفس الفعل الخارجى من وضع اليد أو الاتلاف وما شاكل يكون موجباً لتحقق الضمان .

وهذا كله من النوع الأول الذى يتوقف تحققه على فعل خارجى .  
واذا انتقلنا الى النوع الذى يحتاج فى حصوله الى الانشاء نرى ما يكون أحد الطرفين موجباً والطرف الآخر قابلاً بذلك الإيجاب ، وهذا القسم لو لاحظناه لرأينا منه ما هو مسلم بتحقق الضمان فيه عند الفقهاء بينما وقع الخلاف فى القسم الآخر .

أما ما كان مسلم بتحقق الضمان فيه عند الفقهاء فهو :

ضمان الديون :

ويتحقق هذا بضمان ما فى الذمم كما لو كان لزيد بذمة عمرو مبلغ قدره خمسون ديناراً فيأتى شخص ثالث ليضمن لزيد ماله بذمة عمرو فيقبل الدائن بذلك الضمان ، ويكون تصوير ذلك بقوله : ضمنت مالك بذمة عمرو ، وبقبول الدائن هذا العرض ينتقل الدين من المضمون عنه الذى هو عمرو الى ذمة الضامن وبهذا المقدار لم يحالف أحد من قهاتنا .

إلا أن البعض منهم حصر الضمان الانشائى فى هذا النوع وهو ضمان الديون ولم يجر الضمان الانشائى فى غيره من الأعيان والنفوس .

قال المحقق - رحمه الله - في الشرائع : « الثاني في الحق المضمون وهو كل مال ثابت في النعمة » (١) .

وعقب الشيخ صاحب الجواهر - رحمه الله - على ذلك بقوله : « ومرجعه الى ما في القواعد من أن شرطه المالية والثبوت في الذمة وإن كان متزلاً كالتمن في مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول . بر قبل أن على الأول الاجماع معلوم ومحكى في ظاهر الغنية وغيرها . بل منها وغيرها أيضاً الاجماع صريحاً على الثاني . وفي محكى التذكرة : لو قال لغيره : منها أعطيت فلاناً فهو على لم يصح إجماعاً ... » (٢)

ولما لم تصبح هذه الصورة الأخيرة ، لاجتماع لأن الذمة حين الانشاء لم تكن مشغولة بشيء . ليتحقق الضمان . وأما ما اختلفت عليه الفقهاء فيه بالنسبة الى الضمان ، فهو :

### ضمان الأعيان المخصوصة :

وتصوره بأن ينصب شخص ثوب آخر فيأق شخص آخر ليضمن ذلك الثوب من الغاصب .

وقد وقع الخلاف في هذا النوع من الضمان ، فأجازه جماعة ، ومنهم المحقق في الشرائع حيث قال : « والا شبه الجوار » (٣) .

ومنعه آخرون : ومنهم صاحب الجواهر حيث علق على عبارة المحقق هذه بقوله : « للعمومات ولأنه مال مضمون على المضمون عنه » (٤) .

(١) الشرائع من ١٢٧ كتاب الصمان

(٢) الجواهر من ٤٠٨ كتاب الصمان

(٤) نفس المصدر من ٤٠٩



ثم أشكل عليه بما حاصله : إنكار العموم . وما يروى عن النبي - ص - من ( أن الزعيم عارم ) ليس من أحرارنا ، فلا يكون حجة عندنا وأر ( عموم الوفاء بالعقد ) لا يملك إطلاقه على ما نحن فيه على مذهبننا من كون الضمان موجبا لانتقال من ذمة المضمون منه ، الى ذمة الضامن إذ ليست العين من المال في ذمة العاصب فلو طبقناه على ما نحن فيه لكان مقتضاه كون الضمان ضم ذمة الى أخرى ونحن لا نقول به .

وحاصل ما أفاده شيخنا - دام ظله - في هذا المقام هو : إمكان القول بأن ضمان العين المضمومة يوجب انتقال ضمانها من العاصب الى الضامن - وحيثئذ - فلو انتقل الضمان فيكون بقاؤها بيد العاصب من قبل الأمانة ، عايته أنه يجب على الفاضل إعادة العين الى مالكها فوراً ، وفي هذه الأثناء لو تلفت العين يكون ضمانها على الضامن الجديد لا على العاصب . نعم لو لم يرجع العين كانت يده الجديدة البقائية يد ضمان وعليه فيكون ضامناً من جديد ولو تلفت في هذا الدور كان عليه بدلها .

وقد يترض على المانعين من جريان الضمان في الأعيان المضمومة بأنه ما الفرق بين ضمان لدين فأجير وكان موجبا لانتقال الضمان من ذمة المدين الى ذمة الضامن ، وبين ضمان العين المضمومة فسخ ، ولم يكن موجبا لانتقال الضمان من ذمة العاصب الى ذمة الضامن

وقد أجاب شيخنا الأستاذ - دام ظله - عن ذلك : بأن الديار الكلي لدى لريد في ذمة عمرو يكون من قبيل الكلي في المعين ، فإذا جاء الضامن ليضمن ذلك لديار كان محصل ضمانه هو أن يكون الديار الكلي في عهدة الضامن وذمته ، ولا بد أن يكون وجوده في ذمة الضامن من قبيل الكلي في المعين كالأصل حيث كان في ذمة المدين . - وحيثئذ - فيكون المضمون الذي في ذمة

المدين غير الذى فى ذمة الضامن . واداك كان الامر كذلك فلا يمكن القول بأن الدائن يملكهما معاً ، الدينار الذى فى ذمة المدين ، والذى هو فى ذمة الضامن . ولا يخرج لنا إلا القول بأن ذلك الدينار الكلى الذى كان لريد فى ذمة عمرو يكون بواسطة الضمان قد انتقل من ذمة عمرو الى ذمة الضامن . هذا فى ضمان الدين ، وأما فى ضمان العين المعصومة فلا يتحقق هذا المعنى ليحصل الضمان ، وذلك لأن ضمان المعصوب لا يخرج عن أن تلك العين فى عهدة الضامن كماهى فى عهدة الغاصب ، والمالك لم يتبدل مسكه من عين الى أخرى ، كما تبدل مملوكه الكلى من كلى الى كلى آخر . وأقصى ما فى العين : أن هذه العين التى هى ملكه كانت فى عهدة الغاصب فصارت فى عهدة الضامن فكان المملوك له شيئاً واحداً وتوارد عليه الضمانان بخلاف ضمان الكلى فى الذمة ، فكان المملوك الكلى الذى هو فى ذمة المديون قد انطبق على هذا الكلى لدى هو فى ذمة الضامن ويكون المملوك للدائن هو ما فى ذمة الضامن ، وسقط ماله فى ذمة المديون . وإن شئت فقل : أن الضامن يسحب الكلى الذى فى ذمة المديون الى ذمته ، وضامن العين وإن سحب العين الى ذمته إلا أن ذلك لا يباى بقاء نفس العين التى هى فى يد الغاصب على ملك مالكها ، وإن صارت أيضاً بعهدة الضامن فكان الضامن والغاصب من قبيل توارد الأيدي .

ولو تزلنا قلنا : أن ضمان الكلى فى ذمة المديون لا يزيد على ضمان العين الشخصية التى هى فى عهدة الغاصب فلا يكون موجبا لكون الضامن الثانى مسقطاً للضمان عن الأول سواء كان ضمان الثانى باليد ، أو بالجمل ان جورناه إلا أن الاجماع والأخبار الشريفة قضت بالانتقال فى خصوص ضمان الدين دون ضمان العين ، فلا بد لنا من التفرقة بين الضامين ، وجعل ضمان الدين موجبا للانتقال دون ضمان العين المضمونة .

وعلى أى حال فنعود الى القول : بأن من أجاز ضمان الأعيان المعصومة هو السيد الفقيه الطباطبائي - قدس سره - حيث قال :  
 « إختلفوا في جواز ضمان الأعيان المعصومة كالعصب والمقبوض بالعقد الفاسد وبحوهما على قولين ذهب الى كل منهما جماعة والأقوى الجواز ، (١)  
 وبما وقع الاختلاف فيه من حيث الصهان هو :  
 ضمان الأمانة :

حيث يضمن الشخص الوديعة التي عهد الشخص الآخر . وقد مدحه كثير من الفقهاء ، متمسكين على ذلك بالاجماع ، وقد نسب في التذكرة الى علمائنا أجمع .

وقال لمحقق - رحمه الله - في الشرائع : « ولو ضمن ما هو أمانة كالمصاربة والوديعة لم يصح لأنها ليست معصومة بالأصل » ، (٢) .  
 وهكذا نرى العلامة - قدس سره - يمنع منه في فواعده (٣) وكذا جامع المقاصد (٤) والمسالك (٥) وغيرهم .

أما السيد الطباطبائي فقد قال في عروته (٦) ما يلي : « وأما ضمان الأعيان غير المضمرنة كالمصاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحتها ، والأقوى بمقتضى

(١) صهان العروة مسألة ٣٨

(٢) الشرائع كتاب الضمان ص ١٢٧

(٣) قواعد العلامة ص ١٧٨

(٤) جامع المقاصد بحث الضمان من كتاب الدين

(٥) المسالك ج ١ ص ٢٥٥

(٦) صهان العروة مسألة ٣٨

الصومعات صحته أيضاً .

وربما كان الوجه في منع الصهار في الأمانة هو عدم وجود المضمون عنه في هذه الصورة ، وحيث لا بد من وجوده كما في ضمان الدين ، فإن فيه أركاناً أربعة وهي :

المضمون له ، وهو الدائن .

والمضمون عنه ، وهو المدين .

والمضمون ، وهو الدين .

والضامن ، وهو الشخص الجديد .

ومن أجاز الصهار في الأعيان المعصوبة ربما كان نظره إلى أن الصهان

في الأعيان المعصوبة توجد فيه نفس هذه الأركان الأربعة ، وهي :

المضمون له ، وهو صاحب العين .

ومضمون عنه ، وهو العاصب .

ومضمون ، وهو نفس المعصوب .

وضامن ، وهو الشخص الجديد .

ولذلك يقال : لا بد فيه من انتقال الصهان من العاصب إلى الشخص الجديد

أما ضمان الأمانة فيقتصر إلى أحد هذه الأركان حيث لا يوجد فيه

المضمون عنه ، بل يشتمل على أركان ثلاثة ، وهي

مضمون له ، صاحب الأمانة .

ومضمون ، وهو نفس الأمانة .

وضامن ، وهو الشخص الجديد .

أما المضمون عنه : فليس بوجود لأن من يده العين أمين ولا علاقة

له بالأمين ليكون شخص ضامناً عنه ، وحيث لم توجد الأركان الأربعة يكاملها

لم يكن الضمان في الامانة جارياً .

وقال شيخنا الأستاذ - دام ظله - معقياً على هذا الوجه بأن : وجود الركن الرابع وهو المضمون عنه غير ضرورى في حقيقة الضمان ، بل المدار في الضمان وتحققه هو وجود الأركان الثلاثة ، وهى : الضامن ، والمضمون له والمضمون ، على أنه - دام ظله - عقب على الموضوع بقوله :

« على أننا يمكننا القول بأن ضمان الأعيان لمعصومة لا يشتمل على وجود لمضمون عنه ، لا مكان القول بأن ضمان العين المعصومة لا يكون ضماناً عن العاصب ، بل هو ضمان ابتدائى لا عن العاصب بل عن المالك ، وما هو إلا من قبيل ضمانك للعين التى هى في قعر البحر لصاحبها أن تتمتع بها ، إما ما حراجها أو باداء بدلها في عدم الاحتياج الى المضمون عنه . ولأجل ذلك لو أقدم شخص ، وغصب الدين في يد العاصب يكون ضماناً لنفس العين لكنه ضمان ابتدائى منه لا عن العاصب ، - و- حيثئذ - يكون الحاصل أن ضمان العين مطلقاً لا يدخل في حقيقة الضمان عن ضامن ، وإن ذلك إما هو في ضمان الدين فقط فإن الضامن يضمن الدين الذى في ذمة الدائن بخلاف ضمان الدين التى هى في ضمان العاصب ، فإن ضمانها لا يكون عن العاصب فلا يكون موجباً لانتقال الضمان من العاصب الى الضامن » .

### ضمان الأعيان الشخصية :

والمقصود من الأعيان الشخصية هى الأعيان التى بيد أصحابها من دون أن تكون أمانة أو محبوبة ، أو مقبوضة بالمقد الفاسد ، ومنها - أموال الناس في متاجرهم ولم يتعرضوا لهذا النوع لا تقياً ، ولا إثباتاً ولا بد لنا من ملاحظة هذا النوع ، وهل هناك مانع من جريان الضمان فيه أو لا ؟

وعلى توسعة باب الضمان الى أمثال هذا النوع يتوقف إدراج مبحث التأمين في باب الضمان وإلا فلو اقتصر الضمان على ما في الدمم ، أو الأعيان المضمونة كالعصب والعقد الهامد فلا مجال ليكون التأمين من أفراد الضمان .

وقد عرفت أن عد التأمين من صغريات الضمان يتوقف على توسعة الضمان وشموله لكل فرد سواء كان المضمون ديباً أو عيناً بيد العاصب ، أو أمانة أو عيناً شخصية خارجية بيد صاحبها ، أو نقداً سواء كانت مملوكة أو غير مملوكة

### الضمان الانشائي في الأعيان الخارجية :

وهذا النوع من الضمان على نوعين :

الأول : أن لا يكون في مقاس الضمان من الضامن تعويض بشيء ، بل يقدم الشخص على الضمان لعرض من لأعراض فيقبل المضمون له بذلك العرض وتنتهي المشكلة .

الثاني : أن يكون في البشء يكون عوضاً عن هذا الضمان ، يدفعه المضمون له الى الضامن .

وتصوير ذلك : بأن يقول الضامن لصاحب العين ضمنت مالك لمدة عشرة سنين على أن تعوضني ديناراً عن كل شهر ، فيقبل المضمون له أو يكون الأمر بالعكس كأن يقول المضمون له . ادفع لك كل شهر ديناراً على أن تضمن مالي لمدة عشرة سنوات ، ويقبل انضمام هذا العرض .

وتصحیح هذا النحو الثاني من الضمان الانشائي في الأعيان الخارجية يتم لما نريد من إدراج عملية التأمين في باب الضمان حيث توجد في هذا النحو نفس الأركان الموجودة في التأمين وهي :

الإيجاب والقبول .

والمؤمن عليه - وهو مصر عنه بما بالمضمون ، والذي هو العين الخارجية أو النفس .

ومبلغ التأمين - وهو موجود هنا حيث يجعل المضمون له تعويضاً يدفعه الى الضامن - كما يبياه في أمثال المتقدم - .

وبحصول هذه الأركان في عملية الصهان أمكننا ادراج التأمين في معاملة الصهان من هذه الجهة ، ويقتضي علينا ، لبحث عن تصحيح الضمان الانشائي في الأعيان الخارجية ، ونلاحظ الى أن الصهان مقتصر على موارد خاصة كالصهان على الديون وبعض ما احتلف فيه كالمحسوب وغيره ، أو أنه ليس بمقتصر على ذلك ، بل يشمل جميع الأفراد .

قال شيخنا - دام ظله - . أن منطقة الضمان العقدي أوسع من الاقتصاد على فرد دون آخر ، فكما يجري في الديون كذلك يجري في الأعيان الخارجية من الأموال ، والعقارات ، وغيرها من النفوس مملوكة وغير مملوكة . ويمكن للشركة - حيثئذ - أن تضمن هذه الأشياء لأن الصهان - كما يبياه - ليس إلا التعهد وادخال الشيء في العهدة ، وهو اعتبار بقره العقلاء ، حيث يدخل الضامن المضمون في عهده ، وحيازته .

ولا كمال ما ندعيه من هذه التوسعة لاند من ملاحظة أمرين :

الاول - الإجماع المدعى على أن يكون الحق المضمون مالا ثابتا في الدمة أما الإجماع فقد تقدم تفصيل الكلام فيه فيما نقلناه عن العروة وغيرها .  
الثاني - أن لا تكون في اليمين سفاهة ليكون ممنوعا عنها .

ومن الواضح أنه لا سعة في معاملة التأمين ، لأن القائمين بهذا النوع من المعاملات لا يقدمون على ذلك إلا بعد حساب الاستفادة من التجارب واستفادة النافع الناشئة من الحسابات الدقيقة التي تجريها تلك الشركات وبعد تقدير ظروف الشخص وممتلكاته فلا يكون الاقدام من جانب الشركات



منهيا ، وفي الوقت نفسه لا يكون إقدام الشخص من الطرف الآخر فيه شيء من السفاهة ، ذلك لأن إقدامه على تأمين نفسه ، أو ممتلكاته يعث في نفس الاطمئنان على أن هناك من يموحه عند حصول قدر يؤدي إلى تلف بضاعته أو يموض الاسرة المسكوبة لو حدث به ما يؤدي إلى موته . وهذا المقدار من الطرفين ( طالب التأمين ) من جهة ( والشركة ) من جهة ثانية يعتبر عملا عقلانيا .

وبذلك تتم معاملة التأمين ، وأما من حلة ما يدرج في باب الضمان لما ينهيه من أن الضمان لا يخرج عن كونه تحمل للمسؤولية ، وأعمال الشيء في حيازة الضمان من غير فرق بين الديون والاعيان الخارجية ، والقوس الحرة والمملوكة فاماكان الشركة أن تضم أموال الشخص ، أو نفسه أو عبده على نحو ما ينهيه في الضمان ، وأن لا ركن واحدة في كلتا المعاملتين الضمان والتأمين .

وقد يعترض على ذلك بأن هذا النحو من المعاملات لا يخرج عن كونه معاملة إيقاعية لحصولها من طرف واحد ، وهو الضامن والشركة ، لا إقدامه على تحمل المسؤولية ، والثقاتها على عاتقه .

وقد تصدى شيخنا الاستاذ - حفظه الله - للإجابة عن ذلك بأن هذا النوع من المعاملات ليس بمعاملة إيقاعية ، بل أنها معاملة واقعة من الطرفين لأنها حاوية على الإيجاب من طرف ، والقبول من الطرف الآخر .

إذ أن توقيع ( طالب التأمين ) على ورقة العقد المقدمة له من قبل الشركة لاملأها والتوقيع عليها هو عبارة عن القبول منه للمعاملة ، وتصدير الشركة لوثيقة التأمين ، وتوقيعها هو عبارة عن إيجاب تلك المعاملة وحيث أن يكون محصل هذه المعاملة هو الضمان العقدى بشروط ، ومنها دفع المضمون

له الاقساط وحيثئذ تكون الشركة تتوقيها الورقة ، وتسلمها للمضمون له  
 هي الموجبة ، ويكون المضمون له يأخذ الورقة ، وتوقيها هو القابل على خلاف  
 ما تقدم سابقاً من كون الشركة هي لقالة وطالب التأمين هو الموجب له يرجح بذلك  
 من كون شرط طالب التأمين الصالح على الشركة هل هو من قبيل شرط النتيجة  
 أو شرط السبب ، وذلك يخرج عن الايقاعات فلا يكون لشرط في ضمنها من  
 قبيل اشرط في الايقاع لدى هو محل الاشكال ، بل تكون من العقود مؤلفة من  
 الايجاب من ناحية الشركة ، والقول من ناحية المضمون له إذ لو تولناها على  
 مجرد الايقاع لكان الموقع لها هو الشركة ، ولا وجه على كل حال أن يكون الابتداء  
 من ناحية المضمون له لأن المنشأ هو الضمان ، وإنما ينشئ الضمان  
 دون المضمون له . ولو قلنا : بتحمل الايقاع الاشتراط لا مكسنا القول  
 به هنا ، ويكون المجموع هو ضمان الشركة بالشروط فإن قام المضمون له  
 بالشروط كان اللازم على الشركة الوفاء بالضمان الذي أحلته على  
 عاتقها ، وإن لم يتم المضمون له بالشروط فليست الشركة ملزمة بالضمان  
 ولكنه لا يخلو عن اشكال لا يحلله الى تعليق الضمان على الشروط ، والتعليق  
 باطل في المعاماة : فلا بد من تزيل هذه المعاماة على ما عرفت من الضمان  
 العقدي ليكون الاشتراط فيها من قبيل الالتزام في ضمن الالتزام ، كما هو  
 الشأن في الشروط المأخوذة في المعاماة بين الطرفين من أحدهما على الآخر  
 نعم لا يحتاج الى لفظ مخصوص بل يكفي فيها كل ما هو موجود لها .

ومن المعلوم ان الانشائيات من الامور الاعتبارية التي لها تحقق في  
 وعاء الاعتبار ومعنى نشأتها هو جعلها وإيجادها في عالم الاعتبار وبأى سبب  
 وأى لفظ أراد أن يوجد لها الاسان توجد ، ولا توقف على لفظ خاص  
 كبعت ، وما شاكل بل تصح بكل لفظ يؤدي هذا المؤدى .

## الخلاصة :

إذا ما تقدم عرفت أن معاملتنا التأمينية قابلة للاستدراج في باب الضمان ليجرى عليها مايجرى على الضمان من أحكام ولكن لو أبيت عن اعتبارها ضمانية لشبهة أن الضمان لا يكون إلا على ما في الدسم ، وقد وقع الخلاف في بعض الموارد الأخرى ، وليس منها ضمان الأعيان الخارجية ، فإن عليها عرض ما نحن فيه - أعني التأمين - على بقية المعاملات التي كان لها وجود على عهد المشرع الاسلامي ، لرى مدى انطباقها عليها ، حتى يمكن تجويزها لنا .

## الهبة بشرط تحمل الخسارة :

لا الهبة بشرط الصيانة وإلا جاء الاشكال السابق في صحة ضمان الأعيان بل ان الشرط هو تحمل الخسارة التي تعرض للمضمون له الذي هو الواهب . ويتصور هذا الوجه بأن تتحمل الشركة الخسارة من مالها أو بما يجتمع عندها بحيث تتكفل بالخسارة إن حدث حادث بالمال أو النفس فيقول طالب التأمين :

وهتك كذا مقداراً من المال شهرياً على أن تتحمل كذا مقداراً من المال خسارة لمدة عشر سنوات - مثلاً - لو حدث حادث بمالي ، أو فقسي ، ويأتي دور الشركة لتقبل هذه الهبة ، وتسجل على نفسها ما اشترطه الواهب من تحمل الخسارة المذكورة فتكون الهبة من طالب التأمين إيجاباً منه ، وموافقة الشركة تقريراً على نفسها بقبول هذه الهبة المشروطة ، وليس هذا الشرط من الشرط المخالف ليهطل الشرط . وتقع الهبة غير مشروطة ، بل هو شرط سائغ لا مانع فيه ، ولو لاحظنا هذه الهبة المشروطة لرأيها حاوية على نفس

أركان التأمين لاشتغالها على الإيجاب والقبول ، والمؤمن عليه : وهو النفس أو المال ومقدار الخسارة ، وهو مبلغ التأمين .  
وعليه فيزال التأمين على الهبة ويكون من صفريات هذه المعاملة ويجرى عليه مايجرى عليها من الأحكام .  
الصلح بشرط تحمل الخسارة :

ومن جملة ما تعرض عليه معاملة التأمين هو باب الصلح حيث يتصلح الطرفان على أن يتحمل أحدهما ، وهو الشركة الخسارة التي تحمل بالطرف الآخر بشرط أن يدفع الطرف الآخر المقدار المعين من المال ، ومن الممكن أن يكون الصلح واقفاً على أن يدفع طالب التأمين الى الشركة مقدراً معيناً من المال في كل شهر مثلاً على أن تدفع الشركة خسارته لو حدث حادث بماله ، أو كذا مقدراً من المال لو حل به موت أو تلف لمضو من أعضائه .  
وبهذه الطريقة أمكسا أن يهرب من الضمان وإشكالاته فكان تحمل الخسارة هو المصحح لمعاملتنا التأمينية .

وليس هذا بجديد فقد ذكر السيد الطباطبائي (قدس سره) لتصحيح مآلو اشترط ضمان العين المستأجرة على المستأجر بواسطة تحمل الخسارة ، ومعوا من تصحيح ذلك بالضمان فقد قال : والعين المستأجرة في يد المستأجر أمانة فلا يضمن تلفها أو تعيبها ، إلا بالتعدي أو التفريط ، ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونها ، فالمشهور عدم الصحة لكن الأقوى صحته ، وأولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب لا بموان الضمان . (١)

ومن الواضح أن هذه الطرق المذكورة من الهبة أو الصلح لا يفرق فيها

(١) المروءة الوثقى ، كتاب الإجارة ، في العين المستأجرة بيد المستأجر .

بين أن يكون الموضوع ديناً أو عيئاً خارجية أو نفساً لعدم وجود ضمان في البين لتأتى الاشكالات السابقة فيه هذا كله في الطريق الأول .

وهو عرض المعاملة التأمينية على المعاملات التي كانت موجودة في الزمن السابق ليؤخذ حكمها من تلك المعاملات .

عرض التأمين على القواعد العامة :

وهل هناك وجه يصحح لما ما نحن فيه ؟ وذلك بأن نعتبر هذه المعاملة عقداً مستقلاً مؤلفاً من إيجاب وقبول ، كما هو الحال في باقي المعاملات الانشائية ، فتكون حينئذ مشمولة للمعمومات الكتابية القاضية بالوفاء بالعقد كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١) .

أو قوله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٢) . بناء على أن أوفوا بالعقود لا يكون مختصاً بالعقود الموجودة سابقاً ، بل هو جار في كل ما يتعاقد عليه الطرفان ما لم يكن فيه خلل ممنوع من قبيل الربا ، ونحوه مما منعه الشارع المقدس ، لأن لقاعدة في كل عقد لزمه ، ووجوب الوفاء به ، وإن لم يكن راجعاً إلى العقود الموجودة .

ولا يفرق في البين بالنسبة إلى الالتزام بالعاظ خاصة حيث تنشأ بها المعاملة سواء في الإيجاب أو القبول ولا داعي إلى ذلك لأنك قد عرفت مما تقدم عدم اشتراط ذلك ، ولا داعي للاقتصار على لفظ حاص بعد أن كان للبشيء أن يبرز ما في نفسه بأي مبرر كان .

ولعل هذا الوجه هو أصح الوجوه المتقدمة ، والذي يعتبر من قبيل

(١) المائدة آية ١

(٢) النساء آية ٢٩

المعاملة الشخصية لأفارى التاجر يتطوع بطيب نفسه لتسجيل أمواله ، ويوقع وثائق عديدة في هذا الصدد ، وتنظم الشركة له كشوفاً على المال لو كان المؤمن عليه مالا ويمكن مشاهدته أو على النفس لو كان نفساً ويقر الطرفان ويعترفان بالتعاقد بينهما بموجب وثيقة تصدرها الشركة لهذا الغرض . وتذكر فيها جميع الشروط المطلوبة فتشتمل المعاملة حيثئذ على الإيجاب والقبول والرضا من الطرفين ، وفي الوقت نفسه تخرج المعاملة عن كونها معاملة سفهية لأن كلا من الطرفين لا يقدم إلا بعد أن يصمم الفع لنفسه .

كما أنها ليست معاملة غريبة لو قلنا أن قوله ( ع ) نهى إلى عن بيع العرد شاملاً لهذا النوع من المعاملات لعدم وجود أى خطر فيها على المتعاملين .

### عرض التأمين على الأصول العملية:

حيث يكون عرض معاملة التأمين عليها وطبيعى أن البحث في هذه المرحلة لا يتعدى كونه تحقيق المسألة من الوجهة العملية لأن الأصول العملية ليست إلا وظائف مقررة يرجع إليها الشاك عند العجز عن تحصيل الدليل الاجتهادى ونحن قد صححنا هذا النوع من المعاملات بالوجوه السابقة فلا تصل الوبة حيثئذ إلى القياس الحكم من الأصل العملى إلا أننا - كما بينا - لو أردنا ملاحظة المسألة من الوجهة العملية لرأينا الأصل العملى لا يصح لنا هذا النوع من المعاملات لأن أصالة الفساد ههنا تقتضى عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة ، لأننا لو قيسنا نحن والمعاملة مع عدم وجود ما يصحها فلا ندرى أنها صحيحة ليرتب الأثر عليها ، أو باطلة فلا يترتب عليها الأثر المطلوب ، وفي مثل هذه الحالة يكون المرجع هو أصالة عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة .

تنبيهات :

ولا بد لنا ونحن على أبواب الختام من التعرض للملاحظات توضيحية تبين لنا بعض الملابسات في هذا المقام ، لذلك لابد من التنبيه على أمور :

١ - التأمين بالتقابل :

عرفنا بما مر علينا أن عملية لتأمين من الأعمال التجارية والتي تكون مشمولة لعمرات الوفاء بالعقد ، شأها في ذلك شأن المعاملات الأخرى مما ينطبق عليها التجارة عن تراص على محور ما مر من الأعمال التي يقوم بها الطرفان الشركة من جهة ، وطالب التأمين من الجهة الثانية  
والى ذلك أشار الأستاذ صالح حمود علوش بعدما ذكر تعريفاً للتأمين قاتلاً :

« والتعريف المذكور أعلاه ينطبق على التأمين في مقابل أجرة معينة وبعبارة أخرى مقابل جمل يدفعه طالب التأمين للبؤن ، وغالباً ما يدفع المجلس على هيئة أقساء ، ويقع لتأمين عادة لدى إحدى الشركات ، وهو من جانب الشركة عمل تجارى ، أما من جانب طالب التأمين فقد يعتبر عملاً تجارياً أو مديناً على حسب الأحوال » (١) .

وقد عرفنا حكم هذا النوع من التأمين ولا غموض فيه ولكن هناك نوعاً آخر من التأمين أشار اليه المؤلف المذكور بقوله :

« وقد يكون التأمين بالتقابل تقادياً بكتابة قد تم بأحد أطراف التأمين وحده ذلك أن تنفق جماعة من التجار على تكوين رأس مال مشترك لتعويض

(١) تأمين لصالح حمود علوش ص ١١

ما يحيق لأحدهم من الخسارة ، وطاهر أن هذا النوع من التأمين يعد تجارياً أيضاً لأنه يؤدي إلى تجنب الخسائر ، (١) .

ونحن مع هذا النوع من التأمين ، لدى يذكره المؤلف للفرق بينه وبين ما ذكرناه من تصحيح صورة التأمين سابقاً لأن ما سبق بيانه هو أن تحصل الشركة الخسارة بأراء أن يدفع طالب التأمين مبلغاً معيناً من المال يتفق عليه الطرفان ، أو يرح ذلك على الصلح ، أو العقد المستقل المشمول للعمومات السكتانية في الوقت الذي لا نكون هناك علاقة بين طالب التأمين والشركة ، غاية ما في الين أن طالب التأمين عميل جديد ، أم عند الشركة على ماله أو نفسه بمبلغ متفق عليه بينهما في الحقيقة طالب التأمين أجنبي عن الشركة وأعضائها ، وأما هذا النوع الجديد والذي يكون التأمين فيه بالتقابل فإنه لا يتعدى عن كونه تضامن من أعضاء الشركة فيما بينهم على توزيع الخطر الذي عرّض لمال أحدهم ، أو نفسه فيما بينهم بنسبة خاصة تابعة لمقدار مال كل منهم ، ومقدار الرسم لدى يدفعه إلى الجمعية .

أما وجهة نظر شيخنا الأستاذ - دام ظله - في تصحيح هذا التأمين فتتضمن تخريجه على الصلح الجاري في كل تعاقد وتعاهد ، أو يكون تصحيحه منياً على أساس كون ذلك التعاهد منهم داخل في عمومات الوفاء بالمعقود والعهود ، ويكون المال المجموع من تلك الرسوم مشاعاً بين الجمعية ، ويكون ريعه للجميع سواء كان ما يتلاقى به الخطر الطارئ على أحدهم من نفس ذلك المال المشترك بينهم ، أو كان من أموالهم الخاصة .



## ٢ - التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح

ويتضمن بيان نوع آخر من التأمين على الحياة ، وهو الاشتراك في الأرباح التي نحصل عليها الشركة من الاستفادة بتلك المبالغ المتجمعة من المشتركين ، كما جاء في كتاب التأمين على الحياة الصادر من شركة مصر للتأمين تعريفة ٣ ما يلي : « التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح يدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن عليه ، أو عند انتهاء مدة التأمين ، وتدفع الأقساط لغاية الوفاة ، وعلى الأكثر حتى انتهاء مدة التأمين ، وللمؤمن الحق في الاشتراك والاشتراط في الأرباح التي توزعها الشركة على حاملي وثائق الاشتراك في الأرباح بناء على نتيجة عملية تقدير الأرباح ، ويضاف نصيب كل وثيقة في الأرباح إلى مبلغ التأمين ، ويدفع مع مبلغ التأمين عند استحقاقه سواء بالوفاة أو عند انتهاء التأمين » .

وقد قرر شيخنا الأستاذ - دام ظله - أن دفع المال في هذه الصورة من قبل طالب التأمين إلى الشركة لم يكن الظاهر منه أنه على نحو القرض منه لها ليكون ما تدفعه الشركة له فوائد ربوية بل هو نحو من المضاربة والتي هي عبارة عن أن صاحب المال يدفع إلى الآخر مقدراً من المال ليعمل فيه بالبيع والشراء ، والربح على حساب ما شرطاه على تفصيل ، وشروط معينة في محلها .

وعلى هذا التبريل يكون هذا النوع من التأمين باطلا لعدم توفر الشروط المطلوبة في المضاربة فيه إذ من جملة الشروط المطلوبة فيها أن يكون المدفوع من الذهب أو النقضة المسكوكين ، وطبيعي أن ذلك لا يتوفر غالباً في هذا النوع من المعاملات .

نعم يمكن تصحيح ذلك بما قدمناه في تأمين البضائع من القبول تكون المدفوع من قبل - طالب التأمين - هبة منته لهم إزاء قيامهم بهذه الشروط المذكورة والتي يملئها الطرفان في وثيقة العقد يصبح ذلك ، ويكون من قبيل الهبة المشروطة ، وعند غلظ الشرط للواهب فسخ الهبة واسترجاع مادفعه اليهم .

### ٣ - موقف الشريعة من الفوائد الربوية في التأمين :

تقدم أن يتأقفا مسبقاً أنه من الصعب حصر أنواع التأمين في أفراد معينة ، والمهم هنا بيان أننا نتذكر أن نستخلص من ملاحظة تلك الأنواع أن كثيراً منها لا تترتب عليه فوائد تدفعها الشركة لطالب التأمين فتلا في التأمين على الأموال التجارية تستند الشركة بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه بين الطرفين عند حدوث الخطر المؤمن ضده ، كالحريق ، والفرق ، أو السرقة ، وماشابه . ولكن هناك في بعض الأنواع الأخر تقوم الشركة بدفع فوائد سنوية أو شهرية إضافة الى مبلغ التأمين المتفق على تسليمه الى طالب التأمين عند حدوث الخطر .

وعلى سبيل التوضيح : نمثل لذلك مثالا مقبول :

رجل أمن على حياته عند شركة التأمين لمدة عشرين سنة على مبلغ قدره ألف دينار فان الشركة تستوفي منه أقساطاً شهرية قدرها خمسة دنانير في قبال دفعها المبلغ المذكور عند حدوث قدر عليه في ضمن المدة الى ورثته أو دفعه له عند انتهاء المدة المذكورة وبهذا المقدار لا تحتف شركت التأمين . وإنما الاختلاف في أن بعض الشركات ترعياً منها لما تقوم به من التأمين تلزم بدفع بعض المبالغ إضافة الى مبلغ التأمين ، وحيث فلا بد من معرفة حكم هذه الزيادة ، وهل انها فائدة ربوية أو لا ؟

ويؤيد ذلك ما جاء في اختيار رقم ١٤، لدفع الفوائد (١).  
 « تدفع فائدة سرياً أو نصف سنوى ، أو ربع سنوى أو شهرياً بمعدل ٠.٣٪ بالنسبة على المبلغ الذى تحتفظ به الشركة ، ويكون أول دفعة من الفائدة فى نهاية السنة أو نصف السنة ، أو ربع السنة . أو ربع الشهر حسب طريقة دفع الفوائد المختارة . وعند وفاة المستحق يدفع المبلغ الذى تحتفظ به الشركة مع ما يكون قد تجمع عليه من فائدة الى القيمين على تركته ، أو منعدى وصيته ما لم يصر إشعار الاختيار على خلاف ذلك » .

وكثير من مصادر التأمين صرحت بوجود أمثال هذا النوع من التأمين . ويرى شيخنا الأستاذ - دام طله - أن هذه الزيادات المدفوعة ما هى إلا فوائد ربوية ، لأن هذا النوع من المعاملات منزل على القرض الربوى حيث يكون دفع المال من قبل المؤمن له ، والذى هو طالب التأمين قرضاً الى الشركة ، وتكون دفع الفوائد إنما هى فى قبال المال الذى أقرضه الى الشركة .

وطبعى أن هذا النوع من التأمين يكون مشكلاً من الوجهة الشرعية ولا يمكن توجيهه ما دام أن المعاملة قرات على صسورة القرض ، وأخذ الفائدة فى قبال ذلك فإن هذه معاملة ربوية ، ولا طريق الى تصحيحها باحدى الطرق الشرعية والى تسوغ مثل هذه المعاملات فراراً من الربوية .

#### ٤ - إعادة التأمين :

ويتضمن هذا التنبيه البحث عن موضوع إعادة التأمين فقد أحدث بعض شركات التأمين تقوم بإعادة التأمين لدى شركات أوسع منها ، وإلما تلجأ (١) من نموذج لوليصه صادرة من الشركة الاميركية للتأمين الى العبارة .

شركات التأمين الى هذا النوع من الاعادة لتوزيع الخطر على عدة أشخاص دون الاقتصار على جماعة معينة ولتنوزع الخسارة فيما لو حدث الخطر المؤمن ضده .

ولم ير شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأساً في هذا الاعادة لأن ما يبناه من الوجوه السابقة لتصبح معاملة التأمين تجرى هنا أيضاً فتكون شركة التأمين بمنزلة طالب التأمين والشركة الجديدة هي المؤمن الجديد في هذه المعاملة الجديدة وهكذا الحال فيما لو تعددت الشركات في الاعادة فكل معاملة يشملها ( الوفاء بالعقود ) وتصح ما تعاقدت عليه جديداً ، أو أنها تكون من تحمل الخسارة بالطرق التي تقدم ذكرها ، راجع ص ٣٣ .

# الأوراق النقدية

مالية المال ، وجوه ثلاثة للتنظية النقدية  
هل يتحقق الزم أو الزكاة في هذه الأوراق  
ما هو اعتبارها المالي عند سقوطها من التعامل  
التقاط الأوراق النقدية ، تحديد مفهوم  
مجهول المالك .



تمهيد :

وتوطئة للبحث عن الأوراق النقدية وأحكامها يحسن بنا أن نتحدث :  
أولاً - عن الربا على نحو الإيجاز لأن الغرض من هذا البحث هو معرفة  
مالوكان في التعامل هذه الأوراق النقدية - كالدينار وما شاكل - رباً أولاً .  
ثانياً - بيان حقيقة أصل مالية الأشياء .  
ثالثاً - عن الوجوه المصورة لغطاء العملة .

الربا :

قسم الفقهاء الربا الى قسمين :

رباً في المعاملة ، ورباً في القرض .

واشترطوا في ربا المعاملة اتحاد الجنس ، وكون مورد المعاوضة من المكيل  
أو الموزون . كما في بيع وريثة من الخنطة بوزنة وكيلو من الخنطة .  
وأما ربا القرض فلم يشترطوا ذلك فيه ، بل ذكروا أن كل قرض  
جر فحماً للقرض فهو من الربا .

مالية المال :

مالية المال : إلمانتقوم بتوفر جهة في الشيء توجب تنافس العقلاء عليه  
واستناداً الى هذا فاما يتمكن أن تصور المال على حوين :

## النحو الأول :

ما كانت ماله ذاتية : وهو كلما يحتاجه الانسان بحسب مظهره الاولى من المأكول ، والمشروب ، والملبوس ، وما شاكل هذا .  
وهذا النوع من المال لا تتوقف ماله على جعل جاعل لتنافس العقلاء عليه ، وان لم يكن في الين جعل من أحد ، أو جهة ويلحق بما ذكرناه من المأكول والملبوس ، ما كان كالخديد ، والخشب ، وما شابه

## النحو الثاني :

ما كانت ماله بالجمل وهذا لو لاحظناه لرأيناه على قسمين :  
القسم الأول - ما كان فيه الجمل عاماً يشترك فيه جميع البشر باختلاف عصورهم وبيناتهم مدافع من الشعور بالحاجة العامة لمثله ، وهذا يتصور في الاحجار الكريمة النادرة ، كالذهب ، والفضة ، والماس ، وغيرها .  
القسم الثاني - ما كان اعتباره خاصاً .

وهذا تارة : يكون اعتباره من قبل دولة ، أو بنك ليقيم مقام القسم الأول كالأوراق النقدية - مثلاً - وكثيراً ما حصلت لها تغطية بماله قيمة ذاتية أو مجمولة بالجمل العام ليعم اعتبارها كما هو الشأن في الدينار العراقي .  
وأخرى : ما يكون اعتباره بالنظر لما يترتب عليه من الآثار الخاصة كطوابع البريد ، وتذاكر القطار ، وبطاقات الانصيب ، وتذاكر مصالح نقل الركاب ، وغير هذه مما كانت الورقة فيه نافذة للاعتبار المالي لو تجردت عن الآثار الخاصة المترتبة عليها من قبل الدولة ، أو البنك .  
فتلا ورقة الطابع ، لا قيمة لها لو لم تتعهد الحكومة في قبالتها بأن توصل الرسالة أو الرزمة الى أى محل شاء المرسل مقابل هذا الطابع .  
وكذا الطوابع المالية فان السند الذي يحمل هذه الورقة يعتبر ذا أهمية



في نظر الدولة والعرف ، وهكذا الحال في بقية ما كان من هذا القبيل .  
وهذه آثار معتبرة توجب أن يتنافس عليها العقلاء فيملكون بارئتها  
الأموال ، وطبيعي أن فوائده مالية الشيء - كما قلنا - أن يكون موضوعا لفرص  
يبحث على تنافس العقلاء عليه .

وقد عرفت : أن هذا التنافس منوط بهذا الأثر الذي رتب عليها وإلا  
فلا قيمة لتلك الأوراق لو حليت ونفسها مجردة عن تلك الآثار .

أما الفرق بين هذين الحولين من القسم الثاني هو :  
أن مالية ما كان على شاكلة طوابع البريد - مثلا - إنما كانت بالاعتبار  
للاثر المترتب عليها ، وهي في نفس الوقت غير معتبرة من جانب العقلاء مالا  
بل هي ورقة يترتب عليها أثر خاص في نطاق اعتبار جعلها .  
وأما مالية الحو الأول كالدينار - مثلا - فإن هذه الورقة قد أصبحت  
بالفعل مالا بواسطة الجمل والاعتبار ، فلا فرق بينها وبين المعادن ، والأحجار  
الكريمة ، بل قد يرجع العقلاء في كثير من الموارد الأوراق النقدية  
 ويفصلها على المعادن ، وما شاكلها لأن الورق أخف للقل ، والتعامل به  
من الذهب ، والفضة وغيرهما .

وإذا تم هذا التمهيد عدنا إلى الأوراق النقدية لتلمس أحكامها الشرعية :  
وبما أن مالية هذه الأوراق منحصرة بالجهة التي يسميها الاعتبار تبعا  
لكيفية تغطيتها ان كانت من قبل تلك الجهة كما سبق بيان ذلك - فمن الجدير  
أن نبحث عن حقيقة هذه التغطية والمعر عنها بـ ( غطاء العملة ) لرتب الحكم  
على أساسها ، وهي لا تخلو من أحد وجوه ثلاث :

الوجه الأول من وجوه التغطية :

وتطالعنا فيه صورتان :

الصورة الأولى - أن تكون للدولة قد أودعت في حراستها نقوداً مسكوكة من ذهب أو فضة في قبال هذه الأوراق بالقدر الذي طبعت منه وحولت كل شخص يحمل تلك الأوراق أن يأخذ من البنك ما يقابل ورقته من النقود متى شاء ذلك . وعلى هذا لوجه تكون المعاملة على تلك النقود المودعة ، والتي كانت مصدر الاعتدال لهذه الأوراق ، فمن اشترى حاجته ودفع للدائع ديناراً - مثلاً - فهو قد ملكه مقداراً معيناً من المال تحتفظ به الدولة في البنك الذي تعتمد عليه ، وتكون هذه الورقة كسند خاص لملكه وهل يتحقق الربا في مثل ذلك ، لو حصل التعامل بحيث دفع عشرة أوراق في مقابل أحد عشر ؟

الجواب عنه أن لما يتحقق في ذلك : لأننا فرضنا أن هذه الورقة تعبر عن تلك المقادير الفضية ، أو الذهبية فتكون المعاملة واقعة في الحقيقة على ما تعبر عنه تلك الأوراق من النقود المسكوكة المودعة في خزانة الدولة .

أما الزكاة - فلا تتحقق لأن المناط في وجوب الزكاة في النقود هو وجودها تحت التصرف ، وفي متناول اليد طول الحول ، ولعل هذا لا يكون متحققاً بالنسبة إلى النقود المحفوظة لدى الدولة لعدم إمكان التصرف في أعيان تلك النقود الموجودة في خزانة الدولة ، ولكن لا ينافي هذا أن يكون الحامل النقود الحق في المطالبة بما يقابلها من النقود إلا أن ذلك حيث يستدعي عملية من طلب ، وتأخير ، وأعمال روتينيات شكلية من شأنها أن تكون موجبة لانسلاخ كون تلك النقود تحت اليد فعلاً .

الصورة الثانية - هي نفس الصورة الأولى ، ولكن المودع إنما هو سائك وقوالب ذهبية أو فضية بمقدار الورقة تعهد الدولة بتسليم ما يقابلها من الذهب والفضة من تلك القوالب الموجودة عندها .

أما الربا : فيتحقق في هذا النوع لأن الأوراق أصبحت تعبر عن هذه المقادير الذهبية ، أو الفضية فإذا بيع مقدار منها بأريد كان الزائد فائدة . بوية لعدم اشتراط كون الذهب مسكوكا في صيرورة الزيادة من الربا .  
وأما الزكاة - فإن الظاهر عدم تحققها فيه لأن الزكاة في ذلك إنما تحصل لو كان نقداً ، وقد عرفت أن فرض مسألة هو أن هذه الأوراق تعبر عن الكميات الذهبية ، أو الفضية لا لقرود الذهبية أو الفضية .  
والفرق بين هاتين الصورتين ظاهر من حاجة الزكاة فاما وإن قلنا بعدم تحققها في كلتا الصورتين الأولى ولثانية ، إلا أن منشأ عدم تحققها في الأولى لعدم كونها في متناول اليد ، ونحت التصرف بقول مطلق ، وإن كان ما يقابل الأوراق بقوداً ذهبية أو فضية . أما في الصورة الثانية فعدم تحقق الزكاة يرجع الى عدم كون المودوع في بهال الأوراق من المسكوكات . وعدم كونه في متناول اليد أيضاً .

#### الوجه الثاني من وجوه التغطية :

أن تكون في قبيل هذه الأوراق النقدية مقادير معينة من المال في ذمة من منحها ذلك الاعتبار ، وهي الدولة أو البنك ، ويكون حال الدينار - مثلاً - كحال سند اكبيالة ، فلو اشترى الشخص بهذا الدينار شيئاً من الأجاس فقد دفع للبائع ورقة تفيد أن له بذمة الحكومة ما يقابلها من المال ، وتكون للدولة التي منحت تلك الأوراق الاعتبار المالي هي المدينة للبائع بذلك المقدار من المال .

وفي الحقيقة أن التعامل في هذه الصورة يكون على ما في الذمم والأوراق النقدية استناد به الأفراد تثبت وجود الدين في ذمة الحكومة .

وهو تتحقق الزكاة لو كانت عالية الدينار من هذا القيل ؟ .  
 الظاهر العدم : لأن الزكاة إما تتحقق في العين النقدية الموجودة تحت  
 التصرف وفي متناول اليد - كما يباه - لا على ما في الدم .  
 أما الربا - فالصحيح تحققه : لأن ما يقابل هذا ما هو في ذمة الحكومة  
 إما ذهب أو فضة ، وهما من الموزون فيتحقق الربا فيه فإن الشخص  
 لو باع عشرة أوراق في قبال أحد عشر فهو في الحقيقة قد باع مقداراً معيناً  
 من الذهب أو الفضة بأكثر ويكون ذلك من قيل ما لو كان لك في ذمة زيد  
 عشرة أطنان من الخنطة بيعتها إلى عمرو بأحد عشر طناً هي له في ذمة زيد  
 أيضاً فيتحقق الربا فيه .

### الوجه الثالث من وجوه التطلية :

أن تكون مالية هذه الأوراق متفومة بالجهة الاعتبارية الصرفة بأن تقرر  
 الدولة بأن كل ورقة تحمل ذلك الشعار الخاص ، وهذه الألوان والتقاطيع  
 المخصوصة فإياها تعتبر بكذا مقدار من المال ، ومن الواضح أن الدولة تلتفت  
 إلى أن ذلك الاعتبار وحده ليس بكاف لمنح هذه الأوراق السمة المالية ، لذلك  
 تأخذ على عاتقها موضوع دعم الورق بالتعهد الشخصي ، والتفكير على نفسها  
 بدفع ما يقابل من المال لو طولبت بذلك من قبل الدول الأخرى أو الشركات  
 الأجنبية . وحيث كان هذا المقدار أيضاً ليس بكاف لمنح الورق السمة المالية  
 الدولية ، بل يقتصر اعتباره على الداخل ، لذلك تصطر الدولة إلى الدخول  
 في ( منطقة لاسترلين ) مثلاً فتجتمع عدة دول لتودع في أحد البنوك العالمية  
 المقادير اللازمة من الذهب ، ويكون هذا الإيداع هو الرصيد للورق النقدي  
 في مجموعة تلك الدول المشتركة ، وقد تنسحب تلك الدولة من منطقة الاسترليني

فتسحب مالهيا من الاحتياطي وتودعه في البنك الحكومى المؤسس في المملكة وتعمل هذا المعنى الى الجميع ، وتدعم هذا لايداع من جهة أخرى بما تمتاز به تلك الدولة من معادن وثروات طبيعية ، كالنفط ، والكبريت ، والفحم وما شاكل ذلك من الثروات الطبيعية .

وبعد كل هذا يعزى مادكرناه نفس مركز الدولة بين بقية الدول وهذه وإن لم تكن عوامل أساسية لتغطية النقد الورق ، إلا أن لها قيمتها الاعتبارية في أنظار الناس فتعطى الورقة رصيداً سوقياً في الداخل والخارج .

والظاهر ، أن ديارنا لورق في هذه الأيام من هذا القبيل فاليته مباشرة من الجمل والاعتبار وتكون قيمة هذه الأوراق منوطاً بما تعتمد عليه الدولة من الاحتياطي المذخور لديها وما يدعمه من المعادن والثروات الموجبة لاعتبار جعلها في الداخل والخارج . وإن لم تكن الدولة مستعدة فعلاً بدفع ما يقابل الورقة النقدية من تلك السبائك أو النقود الموجودة لديها ، إلا أن وجود ذلك - ولو بعيداً عن متناول اليد ومعرض التصرف - رصيد يدعم تلك الأوراق .

هل يتحقق الربا في هذه الأوراق ؟ .

والآن وبعد أن عرفنا حقيقة الأوراق النقدية ، وأنها لا تعمل إلا جهة الاعتبار الصرف من الدولة التي فرضت التعامل بها فهل يتحقق الربا في صورة بيعها بكثرة؟ كأن يبيعه عشرة أوراق باثني عشرة ورقة . الظاهر عدم تحقق ذلك فلا تكون المعاملة ربوية لأن شرط جريان الربا في المعاملة هو وحدة الجنس - الثمن والمثل - أولاً وكونه من المكيل والموزون ثانياً ، وليست الدنانير من أى من هذين ، وهما المكيل أو الموزون ، وإن كانت وحدة الجنس متحققة فيها إلا أن الشرط الآخر ، وهو الكيل ، أو الوزن لم يتحقق فيها فلا يجري

في بيعه ، أريد منه حكم الرما . هذا اذا كانت المعاملة بيعية صرفة لأجل فيها بل حصل التسليم والتسليم حتم في و...  
وأما لو حصلت الزيادة مع أجل كانت دفع له عشرة دنانير بازاء  
أحد عشر ديناراً يسلمه لها بعد شهرين فهل يكون ذلك من صعريات المعاملة  
الربوية أو لا ؟

والاجابة على هذا السؤال :

هو أنا نتصور لهذه المعاملة وجهين : تكون صحيحة بالنظر لوجه وناطة  
على الوجه الثاني .

« ما لو اعتبرنا هذه المعاملة من قبل البيع الى أجل كانت المعاملة صحيحة  
مخلاف ما لو اعتبرناها من قبل القرض الى أجل فانها حينئذ تكون من ربا  
القرض . ويتم فيها البطلان . بيان ذلك مفصلاً :

إن لشخص مرة يبيع هذه العشرة دنانير الى آخر واحد عشر ديناراً لمدة  
شهرين فيقبل الآخر ذلك البيع ، وتم المعاملة ولا بأس فيها لانه معاملة بيعية  
غاية ما في البين أن أحد العوضين قيمهما مؤجل الى شهرين ، وهذا نظير ما لو ماعه  
داره على أن يدفع ثمنها بعد شهرين ولا مانع في ذلك هذا لو كانت المعاملة  
بيعية

ومرة ثانية تكون المعاملة قرضية ، كأن يقرضه مائة عشرة دنانير ليدفع  
له عند الآداء بعد شهرين أحد عشر ديناراً ، ولا شبهة في ربوية هذه المعاملة  
القرضية لاشتغالها على القرض مع الزيادة فتعري عليها أحكام الرما ، وإن لم  
يكس في ليس مكيل أو موزون .

إذا في مقام الانشاء لابد من الالتفات الى الفرق بين هاتين المعاملتين :  
البيع الى أجل ، والقرض الى أجل حيث يتحقق الرما في الثاني دون الاول .

الأوراق النقدية وما مائلها مد سقطت اعتبارها المالى :

كما سبق عرفت أن بعض الأشياء لا تكون مالهته ذاتية بل تكون مالهته تابعة للجعل ، كما الأوراق النقدية ، وطوابع البريد وما شاكلها .

ومحشاقى هذا الفرع يتضمن بيان ضماها لو سقطت العين عن المالمية . فمثلا - لو غصب شخص من آخر دياراً وجاء بعد ذلك ليرده إليه أو أخذ من أحد طوابع بريدية وبعد ذلك ألت الدولة اعتبارها

ويلحق بذلك ما لو غصب من شخص ما كان فى وقته ذا قيمة وسقطت قيمته حين الأداء كما لو غصب من شخص ماء فى فصل الصيف وكان المكان فى الصحراء حيث لا يوجد ماء وأراد بعد ذلك تسليم ما غصبه من الماء فى المدينة إذ يكون الماء عادة يذولا فى المدن .

وما هو الحكم لأمثال ذلك ؟ بعد أن جاء اعاصب ليرد العين مع أنها فى وقت الرد غيرها فى وقت الغصب أو الأخذ .

ولضمان الاعيان المحصونة أو النالفة ، مراتب ثلاث :

أولا - ضمان المحصونة الشخصية . والتي تتكون نفس تلك العين فان فقدت العين أو سقطت عن الاعتبار فلا بد من الانتقال .

ثانياً - الى ضمان النوع وهو المثل .

فان فقد أو سقط الاعتبار فيه فلا بد من الرجوع

ثالثاً - الى ضمان الجنس ، وهو المالمية .

ولا يكون الانتقال من مرتبة الى لاحقتها إلا بعد تعدد السابقة .

والقيمة المالمية أيضاً تختلف .

فهل هى قيمة يوم الغصب ؟

أو أنها قيمة يوم التلف ؟

أو أنها قيمة يوم التسليم ؟

أو أنها قيمة الأيام المتوسطة بين يوم الغصب ، أو التلف أو التسليم ؟

أقوال عديدة ذكرت في محلها . ولا مجال ليبحثها مفصلاً هذه العجالة

والمهم هو أن شيخنا - دام ظله - يختار قيمة يوم الأخذ أو الغصب .

والآن - فالورق القسدي وما شاكله - بعد انعدام اعتباره المالي .

من البين أنه لا يرفع فيه ضمان الخصوصية الشخصية لعرض انعدام قيمته

ولا قيمته النوعية المنحصرة في إرجاع مماثلة إذ لا قيمة للمائلة بعد أن ألغى

الاعتبار المالي لهذا الورق أو لهذا الطابع الريدي - إذأ - فلا بد من اعتبار

كون المضمون هو الجنس المتمثل بقيمته المالية

فالدinar - مثلاً - لابد من أداء قيمته قبل سقوط اعتباره وطابع الريد

أو تذكار القطار لابد من تسليم قيمتها يوم كان لها الاعتبار المالي

وكذا الماء المأخوذ في الصحراء تقدر قيمته في ذلك الموضع مع ملاحظة

بقية الخصوصيات الموجبة لارتفاع قيمته في ذلك الوقت . نعم يبقى علينا

أن تصور ونبين المقياس في المالية فهل يكون الذهب أو الفضة هما المقياس

لتقدير المالية أو هناك شيء غيرهما . ويستظهر شيخنا - دام ظله - أن الذهب

والفضة هما المقياس بالدرجة الأولى . فلو غصب ، أو أخذ من آخر ديناراً

وأراد تسليم قيمته بعد سقوط اعتبار العين فلا بد من تقدير قيمته يوم كان

معتبراً ومجمولاً ، وما كان يساوي من الذهب أو الفضة في ذلك اليوم

ولو كانت قيمته تساوي مثقالاً من الذهب ، كان عليه أن يؤدي مثقالاً

في هذا اليوم وهكذا .

أما لو فرضنا إلغاء اعتبار نفس لذهب وفضة من قبل العقلاء ، أو فرضنا



انعدامه من الوجود ، أو قدرته على حد يصعب على الضامن تحصيله فيقتض  
يقتل الى الأجناس الموجودة يدفع له من الخطة أو غيرها من بقية الجيوب  
- مثلا - ما كان يدفع وراء الديار في ذلك الوقت يوم كان للديار أو لطابع  
البريد وأمثالها الاعتبار المالى .

### التقاط الأوراق النقدية :

وحيث كانت الأوراق النقدية ، والطوابع البريدية ، وأمثالها مما لم تكن  
له علامة فارقة ولا تمييز لبعضها على الآخر فإذا يصنع من يجدها في عرص  
الطريق ، وكيف يتوصل الى معرفة صاحبها مع انها معدومة الميزات ببعضها  
مع الآخر .

وترقيم الدنانير وان كان موجوداً إلا أن الانسان كثيراً ما لا يلتفت  
الى هذه الأرقام لضبطها لتكون من العلامات الفارقة .  
إذاً فما هو حكم التقاط هذه الأوراق النقدية وغيرها .

ويرى شيخنا لأستاذ - دام ظله - أن هذه الأوراق من فروع المال  
المجهول مالكة ولا بد فيه من الرجوع الى الحاكم الشرعى ليقول كلمته فيه  
ولا يسوغ للملتقط التصرف فيه بعد تعريفه ، وقبل مراجعة الحاكم الشرعى  
لأن تلك الأحكام مختصة باللقطة التى يكون لها علامة ويمكن تعريفها ولا  
أقل من الشك في شمولها لما لا يمكن التعريف ولا احتياط يقتضى الرجوع فيها  
الى الحاكم الشرعى أن لم يكن ذلك هو الأقوى .

ومن المستحسن ونحن في هذا الصدد من بيان حقيقة المال المجهول مالكة  
ولمن يكون رجوعه .

## ماهو المال المجهول المالك :

والجواب على هذا السؤال :

أنه كل مال لا يعرف صاحبه فعلاً ولا طريق إلى تعيينه وجدناً أو تعبداً ، والأخبار الواردة عن أهل البيت عليهم السلام في هذا النوع من المال يمكن تصنيفها إلى أقسام أربعة :

القسم الأول - ويشتمل على ما يعيدنا لزوم طلب صاحب ذلك المال مع عدم اليأس ظاهراً ، ويدخل فيه ماورد فيمن كان له حق فققد ولا يدري أحى هو أم ميت ، ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً .

كما روى عن حماد بن عيسى عن معاوية بن وهب قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان له على رجل حق فققد ولا يدري أحى هو أم ميت ولا يعرف له وارث ولا نسب ولا ولد ، فقال عليه السلام : أطله ، قال : إن ذلك قد طال فأصدق به ، قال : أطله (١)

ومن هذا التكرار في الأمر من الإمام عليه السلام بالطلب بظاهر لما أن من بيده ذلك المال لا بد له من طلب صاحبه ، وليس يعيد أن المفقود في هذه الرواية هو الحث على عدم اليأس ، والعثور على صاحبه فيلزمه حينئذ الطلب وإتقاء العين مع المحافظة عليها .

القسم الثاني - ومؤداه إغناء المال أمانة في يد من وجده بعد الطلب واليأس وينتظم فيه ماورد في أجير مفقود ، كما ورد عن هشام بن سالم قال : سأل أبو خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال : إنه كان عند أبي أجير يعمل بالآجر فققدناه ونقي له شيء من أجره ولا يعرف

(١) الوسائل كتاب الدين باب من كان عليه دين وحب عليه ية القضاء .

له وارثاً ، قال : فاطلبه ، قال : قد طلتاه ولم يجده ، قال فقال : مساكين وحرك يديه (١) قال : فأعاد عليه ، قال : اطلب واجهد فان قدرت عليه وإلا فمكسبين هالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع اليه (٢) .

ومن هذا القسم نفهم الأمانة وإن هذا المال كبير مال الواحد من ناحية المحافظة عليه وأنه أمانة شرعية لزمك حفظها لصاحبها .

القسم الثالث - وبفقد لزوم التصديق بذلك المال المجمول ماله .

وبدخل فيه ماورد في بقية عمده بعض متاع رفيقه ولا يعرف صاحبه كما روى عن يونس قال : سألت عبداً صاعاً عليه السلام فقلت : جعلت فداك كذا مرافقين لغوم بمكة وأرسلنا عنهم وحملنا بعض متاعهم غير علم وقد ذهب الغوم ولا نعرفهم ولا نعرف أوطانهم وقد بقي المتاع عندنا فما نصنع به ؟ قال فقال : تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة . قال يونس فقلت له : لست أعرفهم ولا ندرى كيف نسأل عنهم ، قال فقال : به وأعط ثمة أصحابك ، قال فقلت : جعلت فداك أهل الولاية ؟ قال : نعم (٣) .

ومن هذه الرواية يظهر لنا التصديق بمال بعد حصول اليأس من صاحبه ومن الغنم عليه فبأمر الإمام عليه السلام بالتصدق ليكون التصديق بمال هو الطريق للوصول إلى صاحبه .

القسم الرابع - ويتضمن الأدب بالتصدق بذلك المال ولكنه مشروط

(١) علو في لوائح على قول الإمام عليه السلام - مساكين - هو به : بيان يعني أنهم مساكين حيث تليت هذا وحيث لم يعرفوا من هو

(٢) الأوراق المجلد الثالث ص ٥١ باب المال المفقود صاحبه .

(٣) نفس المصدر السابق .

بأخذ الرخصة من الإمام عليه السلام بذلك التصديق . ويظهر ذلك جلياً في رواية داود بن يزيد ، عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال له رجل : إنني أصبت مالا ، وإن خضت فيه على نفسي فلو أصبت صاحبه دفعته إليه ، وتخلصت منه ، فقال أبو عبد الله : لو أصبته كنت تدفعه إليه ؟ فقال : إي والله ، فقال - عليه السلام - : فأبأ والله ماله صاحب غيري ، قال : فاستطعمه أن يدفعه إلى من يأمره ، قال : خلقت ، قال : فادفع نفسك في إخوانك ، ولك الأمر بما حفت منه ، قال : فقسمته بين إخواني (١)

فن قول الإمام - عليه السلام - ( والله ماله صاحب غيري ) يتضح لنا جلياً حكم هذا المال المجهول مالكة الأصلي ، وأنه لا بد فيه من إرجاعه إلى الإمام لأنه صاحبه ليقول كلمته في ذلك .

ومن هذا المرض لهذه الأخبار تلخص لدينا أن

القسم الأول من الأخبار ، يبحث على طلب صاحب المال فقط .

والقسم الثاني من الأخبار ، يدل على كون المال أمانة بيد الواجد .

والقسم الثالث من الأخبار ، يدل على جوار التصديق من دون استئذان

والقسم الرابع من الأخبار ، يدل على التصديق بعد الاستئذان ، لأنه

مال الإمام عليه السلام .

ويقف شيخنا الاستاد - دام ظله - ليختار القسم الرابع لكونه مقدماً

على بقية الأخبار المذكورة ، إذ أن أمر الإمام عليه السلام في القسم الثاني

للمحافظة على المال وإبقائه أمانة أو أمره في القسم الثالث بالتصدق به يمكن

أن يكون لبيان الحكم الواقع ويمكن أن يكون إذاً خاصاً من الإمام في إبقائه

أمانة أو في التصديق به وقوله في هذه الرواية الرابعة : والله ماله صاحب

عيرى ، ثم أمره بالتصدق بكون شارحاً لذلك لاحتمال في ذلك الخبرين ومبيناً أن المراد به هو المعنى الثاني وبذلك يكون هذا الخبر الرابع حاكماً على الخبرين المذكورين بمعنى أنه يكون شارحاً لهما ومبيناً للاجمال فيهما فتكون الحكومة حكومة شرح وإيضاح . وتعبير آخر إن الامام - عليه السلام - أرجع ذلك اليه فيها ، وقد أمر في ذينك الروايتين بالتصدق ، والأمانة ويكون ذلك إذاً خاصاً منه في التصديق ، أو احتفظ عده ، وإلا فانه مال يرجع أمره اليه . وليس التصديق لولاية من بيده المال شرعاً ، فلا ولاية له على ذلك ، بل الولاية للامام - عليه السلام - وقد سأله عن أمر ذلك المال فأمره الامام - عليه السلام - بالتصدق .

وقد يعترض : بأن مجهول المالك كاللقطة لا بد فيه من التعريف ستة فان حصل صاحبه ، وإلا فم . لقطة يجرى عليه ما يجرى عليها . وليس الحكم فيه هو إرجاعه الى الامام - عليه السلام - .

كل ذلك يظهر من الخبر الوارد في نص . أودع متاعاً مسروقاً عند آخر ، فجاء الأئمة يسأل الامام الصادق - عليه السلام - عن حكم هذه الوديعة . والرواية من حفص بن غياث ، قال : سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل من المسلمين ، أودعه رجل من اللصوص دراهم ومتاعاً ، واللص مسلم هل يرد عليه ؟ فقال (ع) : لا يرده فان أمكسه أن يرده على أصحابه فعل ، وإلا كان في يده بجملة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً فان أصاب صاحبها ردها عليه ، وإلا تصدق بها ، فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والعزم ، فان احتار الأجر فله الأجر ، وإن احتار العزم عزم له وكان الأجر له ، (١)

والجواب عن هذا الاعتراض :

إن هذا الحكم ربما كان من مختصات موارد أمانات المصوص لخصوصية  
في البين تقتضي التعريف بذلك المذالسة ، ومن ثم التصديق به . مصافاً إلى أن  
مجهول المالك لا بد فيه من تعريف إلى حد يحصل اليأس عن العثور على صاحبه  
وهذا الخبر أيضاً من موارد مجهول المالك ، وقد جاء السائل يعرض الموضوع  
على الإمام (ع) فأمره بعد مرور السنة بالتصدق ، أما التحديد بالسنة فلاه  
بها يحصل اليأس على العثور غالباً .

بقي عندنا القسم الأول . وهو الخبر الوارد فيما كان له حق ، ولا  
ندري أين يطلب صاحبه ، وهذه الرواية عرفت أنها تختلف عن بقية الروايات  
لأن بقية الروايات إنما تضمنت الحكم بعد اليأس عن حصول صاحب المال  
وهذا المعنى لم يظهر في القسم الأول ، بل أقصى ما فيها أنه لم يعرف صاحبه  
أو نسبه ، أو وارثه فأمره الإمام - عليه السلام - بطلب صاحبه ولم يعرض  
السائل بخدمته أنه قد حصل له اليأس ، بل أقصى ما في البين أن السائل قد أخبر  
الإمام (ع) بأن البحث عن صاحب المال قد طال مدته ، وهو لا يدل  
على اليأس وإلا لالحق قوله إن ذلك قد طال ، وقد أيسر من صاحبه ، ولهذا  
رى الإمام (ع) يكرر عليه الأمر بالطلب ، ولا معنى لهذا التكرار مع فرض  
أن الإمام (ع) فهم من السائل حصول حالة اليأس من العثور على صاحبه .  
إذاً فلا تكون هذه الرواية دليلاً على التوقف في مجهول المالك ، ويتحتم علينا  
الأخذ بالطائفة الرابعة ، والتي عرفت أن مفادها هو أن هذا النوع من المال  
راجع إلى الإمام حسبما جاء من قوله (ع) . والله ماله صاحب غيري .  
غابته : أنه أمره أمراً شخصياً بأن يتصدق به لا أن حكمه الشرعي هو  
ولاية التصديق به بل هو في يده من دور مراجعة الإمام (ع) .

وحيث عرفت بعد تقديم الاخبار الدالة على التصديق بمجهول المالك بعد مراجعة الامام فيه يظهر لنا بوضوح حال الأوراق النقدية وما شاكلها كطوائع البريد ، وتذاكر القطار السارية المفعول فانها أموال لا يعرف صاحبها ولا بد فيها من التعريف حتى يحصل اليأس عن العثور على صاحبها ، وهذه وإن كانت غير معدة ومجهزة إلا أن بعض القرائن الخارجية قد توجب اطمئنان النفس بصدق طمحة من يدعى أنه صاحبها . وعلى أي حال فبعد حصول اليأس من غير نظر الى مرور السنة ، أو أكثر ، ولم يحصل صاحبها لابد فيها من الرجوع الى الحاكم الشرعي ليأذن بالتصدق بها عن صاحبها ، أو يأمرها في صرفها في جهة أخرى حسب نظره . بعد هذا ولو التفت شخص شيئاً من هذه الأوراق النقدية ، وما كان على شاكلتها ، فقد عرفت أنه لا يجوز تملكها ابتداء ، بل لابد فيها من الرجوع الى الحاكم الشرعي بعد حصول اليأس من مجيء مالكمها ليقول كلمته فيها من التصديق ، أو التملك ، أو غيرهما . فلو عمل الملتقط كل ذلك وتصدق بالمال عن صاحبه بعد الرجوع الى الحاكم الشرعي وبعد هذا حضر صاحب المال فهل له المطالبة بالمال أو لا ؟ .

الظاهر عدم ذلك لأن الامام - عليه السلام - أو الحاكم الشرعي إنما فعل ذلك بحسب ولايته الشرعية عليه فلاحق له بمطالبته . وهذا علاف مالو كان الملتقط قد تصدق بالمال من دون مراجعة الى الحاكم الشرعي ليستأذن منه ، لو قلنا : ، ولاية الملتقط ، أو من يبيده مجهول المالك على التصرف بالمال فان صاحب المال يتمكن حينئذ من مطالبة ذلك الشخص بماله . ربما يقال بذلك .

ولكن الصحيح أن مجهول المالك حتى لو قلنا بأن ولايته بيد من كان المال عنده فان هذا المقدار بنفسه كاف في نفوذ التصرف ، وإن لم تكن له الولاية على نفس المالك كما هي للامام - عليه السلام - أو الحاكم الشرعي .

تنبیه :

من مطاوعی البحث عرفنا ان مجهول المالك هو المال الذى لا يعرف صاحبه ، ولكن شيخنا الأستاذ - دام ظله - أراد أن يذهب على توسعة هذا التعريف ، وشموله للمال معلوم المالك ، ومجهول محل الإقامة ، بحيث لا يشترط فى المال أن يكون صاحبه مجهولا من الاستداء ، ليكون منطقياً على مثل الأمانة التى أودعها اللص عند آخره ، فجاء الأمين يسأل الامام - عليه السلام - عن حال هذه الوديعة التى لا يعلم صاحبها الحقيقى ، بل يكون المال مجهولاً ، حتى ولو عرف صاحبه ، ولكنه جهل محل الإقامة ، وبحث عنه فلم يعدثر عليه - كما تضمنته الرواية المتقدمة - فبمس بق عنده بعض متاع رفيقه فان ذلك المال معلوم مالكة ، لأنه متاع الى رفيقه ، ولكنه جهل محل إقامة ذلك الرفيق فكان فى عداد المال مجهول المالك .

الخلاصة :

وبعد هذه التوسعة فى المال مجهول المالك نرى :  
ان كلما كان له اعتبار مالى ، ولم يمكن تشخيصه بعلامات فارقة لو التقطه الشخص ، أو وصل يده من دون التقاط ، ولم يعرف صاحبه فهو مال مجهول المالك ، ولابد فيه من الرجوع الى الحاكم الشرعى بعد حصول اليأس عن مجيئ مالكة ليقول كلمته فيه .



# أعمال البنوك والمصارف

كلية لاند ميها ، اقسام السوك والمصارف  
الأمانات ، التوفير ، الكفالات ، الحوالات  
تحصيل الشيكات ، تحصيل الأوراق التجارية  
خدمات الحجازية ، بيع وشراء الأسهم والسندات  
حسم الأوراق التجارية ( الكيالات ) الاعتمادات  
المستندية خطاب الاعتماد ، معاملات مصارف  
الرهون والمقار والصناعي .



كلية لابد منها :

لم يكن التعامل السائد الآن في العالم محافظاً على طابعه القديم ، بل أخذ - نتيجة للتطور - يحضن الى النظم الاقتصادية الحديثة . وقد اعتمد واضعو تلك النظم على تركيز الأسس الروية لبقاء التعامل السوقي ، وبطبيعة الحال - أن هذا يبتنى على نظام الفوائد . وهذا مما لا تقره الشريعة الإسلامية المقدسة بل وقد كلفته بشتى الوسائل .

وفي الوقت نفسه لابد من الاعتراف ، بأن الحياة الاقتصادية أخذت تحتم على الأفراد - بما فيهم تجار وغير تجار - من التعامل مع المصارف أو البنوك سواء بالباشرة ، أو بوسائط عديدة بحيث أصبح من العسير إلا ذلك عنها بعد أن أصبح التعامل السوقي مرتبطاً ارتباطاً كلياً بالمؤسسات المصرفية وبين هذين يقف الشخص . والخيرة تأخذ عليه مسالك التفكير فما يصنع ؟ إن ضروريات الحياة تلجئه الى التعامل المذكور .

والشريعة المقدسة تأمره بالاستعداد عن الربا ، والتعامل فيه فهل بالإمكان أن ينزول الشخص ويترك هذا المجتمع ليحافظ على دينه ، ومن ثم الاستعداد عن الربا وآثامه ؟

أو يترك الباب مفتوحاً على مصراعيه فلا يبالى بما تخليه عليه الشريعة المقدسة من التنديد ، بأكل المال بالباطل . وليكن بعد ذلك ما يكون ، ولكل من هذين المسلكين محاذيره ومشاكله .

ولابد والحالة هذه من ملاحظة جميع الاعمال التي تجري عليها البنوك والمصارف في يومنا الحاضر ، لنرى مدى التقائها مع الطرق الشرعية الصحيحة والتي تكون بعيدة عن الربا والربويات فقد - أحر الله البيع وحرم الربا - . والى جانب ذلك فتح لنا الشارع المقدس طرقاً عديدة لاستحصل الربح من الطرف الآخر تكون بعيدة عن - اكل المال ، لباطل - كالهبة والجمالة وما شاكل .

### أقسام البنوك والمصارف :

- إذا صفنا البنوك والمصارف لرأيناها تنقسم الى ثلاثة أقسام :
- ١ - حكومية ، ويكون رأس مالها مكوّناً من أموال الدولة . ولا حق لشخص معين فيه ، بل هو مصلحة حكومية .
  - ٢ - أهلية : ويتكون رأس مال البنك الأهلي من اشتراك عدد من ذوي المال وتكون الارباح مقسمة على نسبة الحصص التي يملكها كل مشترك منهم .
  - ٣ - مشتركة بين الحكومة والاھلى : وتكون بمجموع الحصص مشتركة بينهم على نسبة معينة بين الطرفين .
- ونتيجة لهذا التقسم تكون أموال البنوك الحكومية مملوكة المالك بينما تكون البنوك الأهلية مملوكة المالك أما البنوك المشتركة فان أموال الدولة فيها تكون مملوكة المالك ، وقد احتللت بأموال مملوكة المالك ، وهي أموال الأهلى الذين كانت لهم سهام فيه .

البنوك الحكومية :

وطبيعى أن إفراد البحث ، والكلام فيها كقسم مستقل إنما هو بناء على أن الدولة لا تملك ما تحت يدها من الأموال فيكون ذلك المال من أفراد المال المجهول مالكة ، وأما من يرى من الفقهاء أن الدولة - وإن كانت جائرة - مالكة - فينبذ - لا يفرق الحال من الوجهة العملية بين بنك الدولة ، أو الإلهالى ولا يكون أثر لهذا التقسيم (١) .

وعلى أساس أن أموال البنوك والمصارف الحكومية مملوكة المالك تختلف طبيعة المعاملة المصرفية ، لأن في بعضها يكون الشخص هو الذى يدفع المال الى البنك ابتداء ليعترجه منه بمدة ، وهذا كما فى الودائع والحوالات ، والتوفير ، وأمثالها .

ويكون إعطاء المال فى هذه الصور من قبل الشخص الى البنك بمدة من ألقاب ماله ، وعند الاسترجاع يكون ما يأخذه منهم مع ما يضاف اليه من الفوائد من فروع المال المجهول مالكة ، ويحتاج - حينئذ - الى إجازة الحاكم الشرعى للنصرف بتلك الأموال المأخوذة ، ولا يتحقق فى البين قرض ، ولا يكون ما يأخذه من الفرق المستحق من الفوائد الربوية .

وهناك وفى بعض الصور الأخرى يكون البنك هو الدافع الاستدائى للبال ويستلم ما يدفعه بعد مرور مدة معينة من القايص ، ويتحقق ذلك فى جميع صور الاقراض من جانب البنك وبعض صور التحويل .

(١) لا يسع مقام البحث عن ملكية الدولة أو عدم الملكية . فقد اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك - وألهم فى اليبس - هو أن شيخ الأستاذ دام ظله - لا يرى ملكية الدولة ، وللمبحث أدلة ولا مجال للتطرق إليها .

ومن الواضح ، أن المال المأخوذ من البنك إنداء يكون من المال المجهول مالكة ولا بد للتصرف فيه من إحارة الحاكم الشرعى - كما تقدم - .  
وأما حين لاستحقاق ، ومطالبة البنك للمدين بما دفعه إليه فإن ما يدفعه المدين من الأصل والفروق المستحقة يكون مأخوذاً منه على نحو القهر والاجبار ، حيث لا يسهه التحلف عن إعطاء ذلك المقدار من المال ولا بد من الالتفات الى أن الشخص - سواء في حالة القبض للمال ، أو في حالة الدفع اليهم - لا يصح له نية لاقتراض ، والقرض ، وأخذ الفوائد ودفعها فإن لطرف المقاس لا يملك ما تحت يده من المال ، فالمعاملة من الأصل باطلة ، ولا يتحقق فيها من ذلك شيء .

### البنوك الأهلية :

وتتكون من الأموال التي جمعت من قبل المساهمين ، وبعد العمل بها يكون المجموع من الأموال الحلال المختلطة بالحرام . ذلك لأن هؤلاء لم يجروا في معاملاتهم المذكورة على أصول الشركة من التجارة المحللة بتلك الأموال ، بل أخذوا يجرونها في المعاملات التي يتحقق فيها الربا ، كالأمانة وبعض صور التحويل والتزويل ، مع عدم الالتفات منهم الى الطرق التي يمكن التخلص فيها عن الربا وآثامه .

- وحيلئذ - فتكون معاملات القرض كلها باطلة وفاسدة .

وعليه فلا يجرح المال المقبوض منهم عن واحد من محتملات ثلاثة ؛  
١ - أنه مال حلال لاحتمال أن يكون ذلك لمقبوض مما أجزيت عليه  
معاملة صحيحة ، أو أنه مال للبنك أرجعه المستقرض عند استحقاقه ، وإن كان أصل القرض فاسداً ، أو أنه مال دفعه اليهم شخص يريد تحويل مبالغ

من النقود الى بلد آخر ، ودفع لهم فرقاً - حيث يزل ذلك على القرض من المحول للبك - ويكون إعطاء الفرق من ناحية المقرض لا المستقرض ، ولا مانع منه - كما سيظهر ذلك عند البحث عن صور التحويل

٢ - ويحتمل أن يكون ذلك المال من الحرام ، لانه مأخوذ من الفوائد الربوية .

٣ - ويحتمل أن يكون مالا حلالا قد اختلط بالحرام .

ففي هذه الصور لو أحرر القابض أن ما بيده من المال من أى من هذه المحتملات الثلاثة ، لانتهت المشكلة ، لانه بالنسبة الى ما يعم حليته فقد مسكه وبالنسبة الى ما علم حرمة ، أو كونه من المختلط فلا بد فيه من إجارة الحاكم الشرعى للتصرف فيه .

ولو لم يحرر وكان احتمال كونه من أحد المحتملات الثلاثة موجوداً فان يد المعطى كافية لاعتبار ذلك المال حلالاً ، لان السيد إماره على ملكية صاحب اليد على ما نحت يده ، ويكون هذا كافياً لجوار الأخذ منه وان كان احتمال كون ذلك المال من الحرام ، أو كونه من المختلط موجوداً كما هو مضمون رواية مسعدة بن صدقة عن أنى عباده عليهم السلام قال : كل شيء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو مرقه ، والمملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع ببيع فهرأ ، أو امرأة تخنك وهى احنك ، أو رضيعك ، والاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به اليمة (١) .

(١) الوسائل - كتاب التجارة . باب ما يكتسب به الياب حديث ٤

### البنوك المشتركة :

فان احتياج العميل معهم الى اجارة الحاكم الشرعى للتصرف بملك الاموال لازمة له ، وذلك لان الصورة الاولى من الصور الثلاث المذكورة فى الاموال الموجودة فى البنوك الاهلية الصرفة لم تتحقق بها لانتهاء احتمال كون ماقتضه من المال من الحلال الخالص لان هذا المال قسم منه يعود الى الدولة وهو مجهول المالك ، ويضاف اليه الاشكال فى أصل الخلط للمالين : أموال الدولة وأموال الأهالى فانه من الخلط بين معلوم المالك ومجهوله . وذلك موجب لعدم صحة المعاملة ، والمعاوضة عليه .

### أعمال البنوك :

## ١- الامانات

وهى المبالغ التى يودعها أصحابها فى البنوك ، وللمصارف حفظاً لها من التلف . وقد شجعت البنوك هذا النوع من الایداع سواء كان لمدة محدودة أو غير محدودة إذ فى مثل هذه الحالة يستطيع البنك استثمار هذه الاموال فى موارد لتضع بين يديها الایداع والسحب ، وباراء هذا الایداع يعطى البنك فائدة للمودع تختلف باختلاف المدة التى يكون المال فيها مودعاً .

ولا ترقف فى نفس الایداع من الجهة الشرعية لونهى عن أخذ الفائدة عليه ، ولمعرفة حال هذه الفائدة لابد لنا من ملاحظة حال الأمانة من الناحية الشرعية .



وقد أبدى شيخنا الأستاذ - دام ظله - رأيه في الموضوع ، على :  
 الأمانة الشرعية حكماً أن لا يتصرف لأمين بما أودع لديه من المال  
 وأما لو أذن صاحب المال أن يتصرف الأمين بالمال المؤمن - كما هو الحال  
 في فودائع لدى البنوك والمصارف - سواء كان الأذن حين الإيداع ، أو بعده  
 فلا بد من تحليل هذا الأذن بالتصرف ، وما هو المقصود منه ؟

ويتصور الأذن بالتصرف على صورتين :

الصورة الأولى - أن يكون مفاد الأذن المذكور هو بقاء المال على ملك  
 صاحبه ، وللبك حق التصرف فيه - وحيث - يكون العوض المأخوذ بتلك  
 الأموال ملكاً لصاحب المال ، لأنه دخل في ملك من خرج المال من ملكه  
 ولا يمكن تبرير معاملات البنوك على هذه الصورة لأنها لا تستعمل هذه الأموال  
 على أن ما تشتريه برائتها لأصحاب تلك الأموال ، بل هي أعراض راجعة  
 للبنك ، وللبك بحسب فوائده معينة يعطيها لصاحب المال

الصورة الثانية - أن يكون مفاد الأذن بالتصرف راجعاً إلى كون العوض  
 المأخوذ براء تلك الأموال راجعاً إلى المتصرف ، والذي هو البنك فيكون  
 المال لأحدهما ، وهو صاحبه ، والعوض للآخر ، وهو البنك . وهذا غير  
 معقول ، إذ كيف تجتمع إباحة التصرفات الناقلة مع كون العوض ملكاً  
 للمتصرف ، لأنه لا بد أن يدخل أحد العوضين في ملك من خرج العوض  
 الآخر عن ملكه ، إذ أن طبيعة المعاوضة تقتضي ذلك فإن من يأخذ العوض  
 لابد وأن يكون المال المدفوع بأزاء ذلك العوض خارجاً من ملكه . أما لو  
 خرج من ملك شخص آخر - كما في مفروض هذه الصورة - فلم يحصل في البين  
 تعاوض ، بل يكون الخارج خارجاً بلا عوض والداخل داخل بلا عوض  
 فلا تحقق في البين معاوضة .

وقد حقق شيخنا الأستاذ - دام ظله - ذلك في باب المعاوضة بتحقيقاً كاملاً (١). إداً ببقاء المال على ملك صاحبه واعتبار كون العوض المأخوذ بازائه للتصرف فيه لا يكون معفوفاً - وحيداً - لا مجال لنا إلا إعتبار كون إباحة التصرفات بالمال المودع من قبل صاحبه إعمالاً هي إباحة في تملك المال فإذا أذن صاحب المال أن يتصرف الأمين بالمال تصرفاً باقلاً كان ذلك عبارة أخرى عن الإذن في تملك المال ، ثم إيقاع المعاوضة عليه من قبيل المأذون ويكون المال خارجاً عن ملك المأذون وعوضه داخل في ملكه وإذا وصلت المدة إلى التملك لاحظنا أن الطريق هنا إلى التملك منحصر في موردين :

الأول - التملك المجاني . كأن يقول صاحب المال للبنك : أنت مأذون في تملك هذا المال ، والتصرف به بما شئت بعد ذلك ، ولكن لا يمكن تنزيل

(١) يعلم من المعاوضة ضرورة تنزل على البيع ، ويكون الدفع مائناً والفاصل مشترياً ، ولا يجوزهما إلا التلطف ، من دفع ديناراً إلى صاحب الطعام ، وحده صاحب الطعام الدينار ، وأعطاه الله ديناراً من ذلك كانت الأول مشترياً ، والثاني مائناً - وحيداً تنحصر على ذلك أحكام البيع ما عدى اللزوم ، فإن اللزوم إنما يكون بالمقد ، أما العمل بالمعاطفة فلا أثر به إلا لملكك والتملك ، ويكون لكل منهما حق الرجوع وسترجاع ما دفعه ورجاع ما قبضه إلا أن تطراً أحد المتعاملين المذكورة في باب المعاوضة كالمتصرف في أحدهما على تفصيل مذكور في محله - وتنبه نزل على أن الدفع للدينار - مثلاً - بما يدفعه لا بسوان التملك ، بل بسوان الإباحة - فيكون كل منهما قد أصبح لصاحبه التصرف فيما دفعه إليه ، مع بقاءه على ملكه ما لم يطرأ أحد التصرفات البغلة على أشكال وتفصيل - في ذلك - ما شيخنا - دام ظله - فقد اختار الوجه الأول ، ولا محل لذكر الأدلة على ذلك .

معاملات البنوك على هذه الصورة لأن لارمه أن صاحب المال لا يستحق شيئاً على البنك بعد ذلك لاذبه له بالتملك ودخول العوض في ملك البنك ، مع أن صاحب المال لا تسمع نفسه بذلك قطعاً .

الثاني - أن يكون تملك المال من قبل البنك تمكناً ضامياً لا مجانياً ، بمعنى أن للمالك يقول للبنك : « تملك هذا المال عني مضموماً عليك ، وتصرف به لنفسك » ، ولا يخرج هذا عن القرض ، لأن القرض لا يخرج عن كونه تمليك للمال إلى الغير مضموماً عليه ، ويكون إعطاء الفائدة بازاء ذلك القرض المذكور من المدين ، والذي هو البنك لصالح لدار وهو صاحب المال - وهو المالك - وإنما سمي أمانة لملاحظ أن هذا الاقتراض ليس لمصلحة المستقرض وهو البنك فقط وإنما هو لمصلحة المقرض - المودع - أيضاً ، لأن البنك يحافظ هذا الإيداع على المال من السرقة والتلف ، ولأجل هذه الجهة يسمى إيداعاً وقد قرروا لفائدة عليه شيئاً معيناً لا يتجاوز الحد الأعلى له ٤ ٪ ، بينما قرروا الفائدة على ( الكمبيالات ) ٥ ٪ ، أو أكثر حسب اختلاف البنوك .

وهذا التفاوت هو الذي يثبت لنا أن الاقتراض في باب الودائع ليس لمصلحة المستقرض فقط ، بل هو لمصلحة المقرض أيضاً ، والذي هو صاحب المال . أما بقية الأبواب - كالكمبيالات - أو ما شاكل فإن الاقتراض فيه يكون لمصلحة المستقرض .

وفي الحقيقة أن هذا القرض لا يتعدى بقية القروض ، لكنه بحيلة اقتصادية ترعياً من البنوك إلى الناس في إيداع أموالهم حفظاً لها من التلف وتعويذاً لهم على الازدياد .

فهو قرض حقيقة بعنوان الإيداع ، وإلا فهو أجنبي عن الأمانة الشرعية نعم هناك صورة يصح فيها هذا النوع من الإيداع ، ولو كانت نتيجة القرض

وتصورها : أن لا يكون إعطاء الفائدة من قبل الأمين ما حوذاً كشرط في عقد القرض من طرف المقرض بل أن صاحب المال يقرض البك المملع الذي عنده من دون شرط ، إلا أن البك تفضلاً منه يخصص مقداراً من الأرباح التي تحصل لديه ليضيفها إلى أصل المال . وليس ذلك من الرأيا كما قال المحقق :

« المقرض إذا شرط فيه المقرض الفائدة كان حراماً ، وأما لو لم يشترط الفائدة ، بل التزم المقرض إعطاء الفائدة فهو ليس من الربا » (١) .  
وبناء على هذا فتصح هذه المعاملة ، ولا تكون من الرأيا . إلا أنه لا يمكن تنزيل معاملات الودائع في البنوك عليه . إذ أن دفع الفرق بآراء ايداع المال وإن لم يصرح فيه بين المتعاقدين ، إلا أنه مما تبأن عليه الطرفين فهو منظور أساساً لكلا الطرفين المودع والمودع عنه فيكون شرطاً ضمناً ، ومع ذلك لا تكون هذه المعاملة صحيحة لاشتغالها على ربا .

وهل يخرج هذا النوع من الايداع على العارية الشرعية ؟  
فلم يكن هذا المال المودع عند البك من قبيل العارية الشرعية والتي يجوز التصرف بها من قبل المستعير ، ويكون إعطاء الفرق على ذلك المال من قبيل الهبة ، أو ما شاكل من الوجوه التي يصحح بها إعطاء الفروق كما تقدم .

وبحسب ذلك . بأن العارية وإن كان يجوز للمستعير التصرف بها إلا أن ذلك مشروط بقاء العين ، وتكون التصرفات مختصة بغير التصرفات الناقلة (٢) وإلا فلو كانت التصرفات موجهة لعدم بقاء العين فلا تكون عارية

(١) الشرائع : البحث عن الديون ص ١١٧

(٢) راجع في هذا الشرط جميع المصادر الفقهية .

شرعية - كما نحن فيه - من الأموال فإن التصرف بها يوجب عدم المحافظة على العين ، ولذلك فهي ليست بعارية كما لا يخفى .

إذا فإبداع المال عند البنك وأخذ القائدة عليه لا يكون صحيحاً من الوجهة الشرعية - لما عرفت - من أن هذه المعاملة منزلة على القرض وأخذ القائدة عليه .

ولكن يمكن تصحيح هذه المعاملة سحر إذا قصد الدافع بدل اجراء المعاملة قرضاً اجرائها على بحر البيع بينه وبين البنك فيبيع له الأقل النقدي بزاء الاكثر المؤجل - مثاله - أن يبيع للبنك مائة دينار نقدية - مائة وثلاثة دواير - مؤجلة لسنة واحدة فيكون المعاملة صحيحة بناء على ما ذكرناه في البحث عن الأوراق النقدية وأنها ليست من الجنس الربوي حيث لم تكن مكيلة ولا موروثة فلا مانع من التقاض فيها كما أنها ليست من النقدين المسكوكين كي يعتبر التقاض فيها في الجنس لتجرى عليها أحكام الصرف وحيث تمت المعاملة البيعية بين الطرفين لمدة المحدودة بينهما فلا يجوز لكل منهما الفسخ قبل المدة .

## ٢ - التوفير

ولو لاحظنا التوفير ، لما وجدناه شيئاً خاصاً يختلف عن الامانات التي سبق البحث عنها - إلا أن التوفير اشئ من قبل البنوك والمصارف لتشجيع صغار المدخرين ، حيث يقبل البنك المبالغ القليلة لايداعها باسم أصحابها . ولذلك يجري عليه كلما بيناه - في البحث السابق - .

إلا أن هناك فرق بين الأمانات والتوفير فالأمانة لا يتمكن صاحبها من استرجاعها قبل المدة ولكن في التوفير لصاحب المال استرجاع ما أودعه في أى وقت كان وتحسب له الفوائد على المدة التي كان المال فيها تحت تصرف الأمين - وهو البنك - .

فلو أردنا تصحيح التوفير بتعديله على المعاملة البيعية بين الطرفين لما كان بالنظر الأولى لصاحب المال استرجاعه في أى وقت شاء ولكنه يمكن أن تنزل هذه المعاملة على أن يشترط صاحب المال الخيار لنفسه على البنك في أن له أن يسترجع ماله في أى وقت شاء لكنه مشروط بأن يدفع البنك الفرق على المدة التي يبنى فيها المال عنده ، فالفئة فلو كان الفرق لفهم السنة هو أربعة دنانير وأراد الفصح في نصف السنة كان يفوز فسخته مشروطاً بأن يدفع البنك له دينارين .

إلا أن معاملات التوفير جارية على القرض والفائدة لا على البيع بالأكثر فتكون باطلة من هذه الجهة .

### ٣ - الكفالات

ويراد بالكفالة :

أن يتعهد طرف لطرف آخر بالقيام بعمل معين يتفق عليه الجانبان فيسمى الطرف الأول ( متعهداً ) بينما يكون الطرف الثاني ( متعهداً له ) وفي هذه الحالة قد يطلب الطرف الثاني من الطرف الأول ضمانات مالية تعرضه عما قد يصيبه من خسائر فيما لو انسحب الطرف الأول دون أن يتم

ما تعهد بالقيام به . لذلك يلجأ هؤلاء المتعهدون الى البنوك والمصارف لتكفلهم وتضمن قيامهم بالعمل الذى اتفقا عليه ، وفى هذه الحالة يصدر البنك خطاباً الى المتعهد له يتعهد فيه بكفالة الطرف الأول وضمانه بأن يدفع عنه مبلغاً من المال اذا طرأ بدفعه وفرض عدم قيام الطرف الأول مما اتفق عليه مع الطرف الثانى .

وتشترك الجهات الثلاث وهى المتعهد والمتعهد له والكفيل فى الفائدة .

فالمتعهد : يستفيد من هذه الكفالة بأنه لا يقدم ضماناً مالياً الى الطرف الآخر بل يمكنه الاستعانة به فى نواحى أخرى من أعماله التجارية .

والمتعهد له : تكون فائدته من هذه الكفالة هى ضمان حقه وحصول من يرضه عما قد يصيبه من الخسائر لو انسحب الطرف الأول ولم يتم ما تعهد به .

والكفيل : يستفيد من كونه لأنه يتقاضى عن بكفله عمولة يتفق عليها براء كفايته له .

ومن هذا العرض نعرف أن الأركان فى هذه المعاملة ثلاثة :

المكفول له : وهو المتعهد له .

والمكفول : وهو المتعهد

والكفيل : وهو البنك أو المصرف .

ولتوضيح بيان الحكم الشرعى لهذه الكفالة يحسن بنا أن نوسع البحث

فيها الى جهات ثلاث :

الأولى - فى وجه أخذ الكفيل المبلغ المعين من المكفول براء

كفالاته له أمام المكفول له .

الثانية - في وجه أخذ المكفول له المبلغ لدى يتعهد به الكفيل لو تأخر المكفول عن القيام بما حصل الاتفاق عليه مع المكفول له .

الثالثة - في رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه وهل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل عنه أو لا ؟

أخذ الكفيل العمولة من المكفول .

ونخرج ذلك يكون على واحد من الطرق الآتية :

الأول - أن يجعل ذلك المال من لوعده الصرف الذي لا يجب الوفاء به ثانياً : أن يبرل ذلك على الجمالة بآراء كفالاته له ليكون ملزماً بدفع المال المقرر للكفيل بعد صدور الكفالة منه .

الثالث - أن يبرل ذلك على التصالح بين الطرفين

الرابع - أن يبرل ذلك على العقد بين المكفول والكفيل ليكون المكفول ملزماً بدفع المبلغ المقرر ويكون الكفيل ملزماً بدفع الكفالة بناء على ما حققناه في محله من عدم اختصاص العقود بالمأمور بالوفاء بها في الآية الكريمة . « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » بالعقود المعهودة بل هي شاملة للعقود الحادثة التي جرى عليها العقلاء في الأعصار المتأخرة ما لم تكن مشتتة على ما دلت الأدلة على فسادها كالإمارة ونحوه من مفسدات المعاملة . أما شيخنا الأماناد - دام ظله - فقد رجح الوجه الرابع على بقية الوجوه لكون مانع فيه من المعاملات المستحدثة التي لا يمنع من نفوذها مانع شرعي وفي الوقت نفسه فإن إطلاق « أوفوا بالعقود » كاف في لزوم الوفاء بها . وتبين لنا على إحدى الصور السابقة لا يخلو من بُعد .



أما قولنا بأن هذا النوع من الكفالات مستحدث ولم يكن له وجود على عهد المشرع الاسلامي فذلك لأن الكفالة التي يذكرها الفقهاء والتي كانت في الصدر الأول هي :

أ - يتعهد الكفيل باحضار شخص المكفول لدى المكفول له وهذا المقدار لا يستوجب الصيانة بحال من الأحوال ، وبما سيأتي يتضح لك أن الكفالة مقتصرة على إحضار نفس الشخص لا استعده بالخسارة في نظر الفقهاء . هذا اعتبرنا هذا النوع الجديد من الكفالة من جملة العقود التي يطبق عليها لزوم الوفاء بالمعقد بصميعة ما حققناه في محله من عدم اختصاص العقود المأمور بالوفاء بها بالعقود المعهودة بل هي شاملة لكل عقد ما لم يكن فاسداً فلا مانع إذاً من أخذ المبلغ من المكفول لصالح كفيل سواء كان المكفول فرداً أو مؤسسة تجارية .

### إلزام الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له :

هل يتحلف المكفول عن القيام بما اتفق عليه الطرفان فهل يلزم الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له ؟

وللتوضيح نقول : لو تعهد شخص سناً - مدرسة - لأحرف اتفق الطرفان على أنه لو تخلف المتعهد عما تفقأ عليه فعليه أن يحرك كذا مقدار من المال إلى المتعهد له واستعد الكفيل على تحمل الخسارة لو أحل المكفول بما اتفق عليه مع المكفول له ، فهنا لو اتفق أن المكفول يتحلف عن القيام بما هو ملزم بالقيام به فإن الكفيل ملزم بدفع المبلغ إلى المكفول له بحسب العرف التجاري ، وفي هذه الجهة الثانية يريد أن يرى أن الجهة الشرعية هل تلزم الكفيل بدفع الخسارة إلى المكفول له أو لا ؟ بل له أن يتحلف عن ذلك فنقول .

إن طبيعة الكفالة المعروفة عندنا في الشريعة الإسلامية لا تقتضي ضمان الكفيل وحسارته لما على المكفول من حق إلى المكفول له - كما سبق بيانه - .

ولكن بعض الأجلة من علماء العصر ذهب إلى الضمان ، فقد قال فقيه عصره السيد أبو الحسن الأصفهاني - قدس الله روحه - ما يلي :

« وإن كان - يعني المكفول - عاتبا عيبة مقطوعة لا يعرف موضعه وانقطع خبره لم يكلف الكفيل إحضاره وهل يلزم ما عليه الأقرب ذلك خصوصا إذا كان ذلك تعريضا من الكفيل - إلى أن قال - : مسألة - إذا لم يحضر الكفيل المكفول فأخذ منه المال فإن لم يأت له المكفول لافي الكفالة ولا في الأداء فليس له الرجوع عليه بما أداه ، وإذا أذن له في الأداء كان له أن يرجع به عليه سواء أذن له في الكفالة أيضا أم لا ، وأما إذا أذن له في الكفالة دون الأداء فهو يرجع عليه أم لا ؟ لا يبعد أن يفصل بين ما إذا أمكن له مراجعته وإحضاره للمكفول له والثاني وبين ما إذا تعدله فالأول ، (١)

فمن ظاهر كلمات السيد - رحمه الله - نفهم أن المكفول إذا أذن للكفيل بالأداء كان للكفيل الرجوع على المكفول فيما أداه عنه ، ومن الواضح أن المكفول في يومنا هذا يأذن الكفيل بأن يؤدي عنه ما يتفق على الحسارة لو أخل هو بما ألزم به إلى المكفول له ، ولا يقدم الكفيل على ذلك ما لم يعتمد على مقدار الرصيد الذي يدعم المكفول من نقد أو عقار أو ما شاكل .

وقد به شيخنا الاستاذ - دام ظله - بأن هذه التفريعات التي ذكرها الفقيه السيد الأصفهاني رحمه الله لعل الأصل فيها ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله (٢) .

(١) وسيلة النجاة - ج ٢ ص ٢٤٦ ، الطبعة السابعة .

(٢) الجواهر كتاب الضمان باب الكفالة ص ٤٢٥ .

حيث قال : « ومع في المسالك وبحكى الذكرة ومجمع العرمان إجماعاً يجب عليه لإحصار عند امكانه أما إذا لم يمكن كما إذا عاب غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا حبر لم يكلف بإحصاره لعدم الامكان ولا شيء عليه لأنه لم يكلف الدل ، بل قيل إنه ظاهر الباقيين أيضاً ، لكن في القواعد لو هرب المكفول أو عاب غيبة منقطعة فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحصاره مع احتمال رآته ويحتمل الصبر ( وعن جامع المقاصد ) أن الأول أصح لأن مقتضى الكفالة إحصار العريم أو أداء ما عليه من المال ، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرىء وهو المسقط للحق أو موت المكفول وأن الكفيل وثيقة على الحق كالرهن فإذا تقرر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة » - انتهى .

وقال العلامة الحلي - رحمه الله - :

« وعلى الكافل دفع المكفول أو ما عليه » (١)

وبحوى عبارة المحقق الحلي صاحب الشرائع - رحمه الله - .

ولأن فهل أداء المال في عرض لإحصار أو في طوله أو أن أداء

المال أجنى عن الكفالة بالمرّة وإجماعاً يلتجئ إليه الكفيل لو حبس على إحصار

المكفول فله أن يتخلص من الحبس بأداء ما على المكفول ، والظاهر هو

الآخر فإن الكفالة كما تجري في الأموال فكذلك تجري في غيرها كما وكفالة

المدعى عليه للحضور المرافعة وكما في كفالة أحد الزوجين للحضور إلى الآخر .

هذا وغيره من كلمات الأعلام يعطى بالنظر الأولية أن العرض من

الكفالة هو إحصار نفس الشخص المكفول إلا أن الجماعة شوا على أحد

الاحتمالين الأولين أعني كون أداء المال من مقتضيات الكفالة لكن :

إما مطلقاً فتكون الكفالة قاصية - لتخير ، أو في طوله بحيث أنه إما يحب عليه من الحق - كما يشعر به تعليل جامع المقاصد - لأن الكفيل وثيقة على الحق ، لكن كل ذلك لم يقيم عليه دليل ، نعم إذا تم اعتبار كون هذه المعاملة من المعاملات المستحدثة المشمولة لعموم « أو هو » بالعقود ، فلا مانع حينئذ من تحمل الخسارة ، على أنه يمكن توجيهها بما يوجه به الأمر المعاملي الموجب لضممان الأمر كما لو قال الأمر : ألقى متاعك في البحر وعلى صمائه ، فيكون الأمر حينئذ بمنزلة الإيجاب وامتثال الطرف الآخر بمنزلة القبول . وهذا التوجيه إما يتم فيما لو قال الكفيل للمكفول له : وبه أو استأجره وأنا ضامن لحقك .

### رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه .

وتتضمن هذه الجهة الثالثة البحث في رجوع الكفيل على المكفول وهل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل أو لا ؟ وقد ذكرنا في رجوع الكفيل على المكفول فيما أداه عنه من أنه إنما يرجع إليه إذا أذن له بأداء الخسارة لو تحلف عن اقيام بما تعهد به إلى الطرف الآخر أما إذا لم يأذن بذلك بل أدب له في أصل الكفالة فقط فلا معنى لرجوعه عليه فيما أداه عنه ، ومن هذا يظهر أن الكفالة لها مرحلة خاصة والاذن بالأداء مرحلة أخرى ، ولكن هذا الذي ذكرناه من أن الكفيل يرجع على المكفول في صورة تحقق الاذن من المكفول فيما أداه عنه يتنافى مع ما تقدم ذكره من كون الكفالة تقتضي التخيير بين إحضار الشخص المكفول أو أداء ما عليه ، نعم لعله يلتزم مع كون أداء الكفيل من باب كون الكفيل وثيقة على الحق لا من جهة اقتضاء نفس الكفالة ، أما إذا

لم يكن في البين إلا مجرد الوثيقة لم يكن المكفول له أحد المال من الكفيل حتى مع تعذر إحضار المكفول إذ أقصى ما في البين هو كون الكفيل عملة الرهن والرهن بمجردده لا يوجب الساطة على أحد الدين من الدين المرهونة كما حقق في محله ، بل يحتاج الى الاذن من الحاكم الشرعي ليتصرف في تلك العين أو يكون التصرف بالعين من قبيل المقاصة .

( وبالحلة ) الكلمات في المقام مشوشة وفي كتب أهل السنة ما هو أكثر من هذا التشويش كما في بداية المجتهد لأن رشد فلاحظ ذلك من ص ٢٩١ الى ص ٢٩٤ .

قال شيخنا الأستاذ - دام ظله - معقباً ذلك :  
 بأن الذي يمكن الوثوق به هو كون الكفالة عندنا - معاشرة الامامية - مقصورة على إحضار شخص المكفول ولا يدخل فيها أداء ما عليه بوجه من الوجوه .

نعم لو أرجعنا هذه الكفالة الى الأمر المعاملي من الكفيل الى المكفول له كانت المعاملة صحيحة - كما ذكرناه - .

## ٤ - الحوالات

و لتحويل الذي تجرى عليه المصارف والبنوك على صورتين :  
 الصورة الأولى :

أن يدفع الشخص الى البنك في التجف - مثلاً - مبلغاً قدره مائة دينار ويأخذ بالمبلغ المذكور تحويلات على البنك في بغداد وباراء هذا التحويل يأخذ البنك من المحوّل عمولة معينة .

الصورة الثانية :

أن يأخذ ذلك الشخص المبلغ المعين من آخر في الجف ويحوله على تسلم المبلغ من شخص ثالث أو منك أو مصرف في بغداد فيدفع اليك المبيع ليتسلمه من المحول عليه ويأخذ براء ذلك عمولة معينة  
أما التحويل في الصورة الأولى :

فالظاهر أن الحكم فيه حال من الاشكال لأن ذلك التحويل لا يخرج من واحدة من اثنتين :

فأما أن يكون مر لا على بيع العشرة دماير المدفوعة في الجف أو المائة دينار بمبلغ أقل في بغداد ولا مانع من هذا البيع لأن الدينار ليس من المكين أو المودون ليتحقق الرما في هذه المعاملة البينة .

أو يكون ذلك التحويل مر لا على القرص كأن يقرض البنك المبلغ المدفوع في الجف كاملاً ليتسلم وعاء عنه المبلغ مدفوعة معينة ، وهذا أيضاً لا اشكال فيه لعدم تحقق الربوية في ذلك لأن الرما هو الزيادة التي يأخذها الدين من المدينين لا الزيادة التي يأخذها المدينون من الدائن ، وفي هذه الصورة كان الشخص الآخر هو المدين والمكلف ، يصل المبلغ الى بغداد أما الذي دفع الزيادة فهو الدائن وقد استوفاهما المدير فلا يكون هذا قرض ربوياً ، وقد قلنا فيما تقدم إن الفقهاء اشتراطوا في تحقق القرض أن يكون ذلك القرض قد جر نفعا الى المقرض والقرض المذكور في صورتنا قد جر نفعا للمقرض له وهو المدينون ولا شبهة فيه .

وأما التحويل في الصورة الثانية :

فيختلف حكمه حيث يأخذ لشخص في الجف من البنك المائة دينار ويدفع له تحويلاً بالمبلغ المذكور وزيادة ، وحيث قد نزلنا هذه المعاملة

على البيع فلا مانع فيها حيث يبيع العشرة الخاضعة أو المائة الموجودة بمائة وزيادة أو يبيع المائة مائة مع اشتراط دفع الزيادة المذكورة ، والسبب في عدم المنع هو أن الديتار ليس من المسكيل ولا الموزون فلا روية في هذا البيع .  
وأما لو نزلنا هذا التحويل على القرض جاءت شبهة لهذا لأن الزيادة خرجت في الصورة من المدير وهو الشخص المستلم الى الدائن وهو البنك أو المصرف لأن المفروض أن البنك قد أقرضه المبلغ فكان دافع الفرق هو القاض للمبلغ وهو مدير فكان هذا القرض مما جر نفعاً الى الدائن ولذلك فهي معاملة ربوية .

## ٥ - تحصيل الشيكات

الشيك أو الصك لا يخرج عن كونه ورقة تحويلية على بنك أو مصرف يأمره بموجبه دفع مبلغ معين لحامله ، ولذلك فهو يعتبر من الأوراق التجارية القابلة للتظهير ، ومعنى التظهير هو أن يوقع حامل الصك خلف الصك ليكون مختصاً بمن يكون في حوزته ، ويعنى تحصيل الصك هو قبض قيمة الصك لحساب حامله ، ومثال ذلك :

ما لو أمر شخص بموجب الصك البنك المملوك بدفع مائة دينار مثلاً حامل ذلك الصك ، ففي هذه الحالة قد لا يرغب حامل الصك تسليم المال بنفسه من الجهة المحول عليها فيتولى أحد الطرفين أو لبنوك تحصيل ذلك المبلغ لحامله ، ورءا كان المحول عليه في لدا آخر ولم يتمكن حامله من السفر اليها ، ولهذا التحويل فوائد كثيرة . وباراء هذا التحصيل يتقاضى البنك أو الصراف عمولة معينة في قال تحصيله المال الى حامل الصك .

وقد اعتبر شيخنا الأستاذ - دام طله - هذا النوع من التحصيل

من فروع مسألة الحوالة لان حامل الصك يحول من يشتريه ينسب المبيع المذكور من لك المسحوب عليه فتجربى على ذلك أحكام الحوالة - وقد تقدم البحث عنها - فلا داعى الى التكرار واعادة ما سبق

## ٦- تحصيل الأوراق التجارية

ونعى بذلك أن يقوم السك بمطالبة المدينين بالاموال المستحقة عليهم لصالح الدائنين ، ولو كانت لشخص على آخر ورقة تثبت بانه مدين له بمائة دينار فى هذه الحالة يوب البك بتحصيل هذا المبلغ من المدين ليوفر على الدائن ما قد يترتب على المطالبة من مصاريف وتحصيل .

وباراء هذه العملية من المطالبة والتعقيب بتقاضى المصرف عمولة من الدائن نظراً لما قدمه من خدمة .

ويرى شيخنا ( دام طله ) أن مرجع هذه العملية الى توكيل البنك لقبض المبلغ من المدين وإيصاله الى الدائن وله على ذلك جمالة أو اجارة معينة وليس فى ذلك أى منع شرعى فان البنك يكون وكيلًا من قبل الدائن لمطالبة المدين فان توقيع السند وتسليمه الى السك توكيل له بالمطالبة وتحصيل ما للدائن خدمة المدين .

وتختلف حال هذه العمولة التى تؤخذ من الدائن فان خرجها على الجماعة فلا بد من تحصيل الوكيل المال من المدين ، وأما لو لم يحصل الوكيل المبلغ من المدين فليس له أخذ تلك العمولة ويكون ذلك من قبيل ما لو قال الشخص ( من وجد ضالتي فله على عشرة دنانير ) فان أخذ هذه العشرة من صاحب الضالة يتوقف على تحصيل الضالة وتسليمها الى صاحبها ، أما لو لم يحصل الضالة



فليس له أخذ الجعالة ، وأما لو خرجناها على الاجارة فان للبنك أو أى جهة تقوم بهذا العمل أخذ المبلغ من الدائن لان الاجارة كانت على نفس العمل والذى هو المطالبة وقد حصل . وليس ذلك موقوف على النظر الى أن المدين دفع المبلغ أولا لان الوكيل قد قام بعمل استؤجر عليه .

## ٧- الحسابات الجارية

لا شك أن لكل عميل في بنك معين الحق في أن يسحب أى مبلغ على ذلك البنك ، ولكن يشترط أن لا تزيد قيمة المسحوب عما هو له من الرصيد إلا أنه عند وجود الثقة في العميل قد يسمح البنك له ما يسحب بمبالغ يعين إياك مقدارها ( تبعاً لوجود الثقة ) ويسمى ذلك ( بالسحب على المكشوف ) على أن نحتسب فائدة على المبالغ التى تزيد عن رصيد حسابه ويرى شيخنا الأستاذ ( مد ظله ) أن هذه المعاملة لا تخرج من كونها معاملة قرضية تكون من البنك الى ذلك الشخص ، ويكون معنى الحساب المكشوف هو أن إياك يقرض عميله نظراً لوجود الثقة فيه مبلغاً معيناً من المال ويكون ما يتقاضاه البنك من الفائدة على هذه الاموال من الفوائد الربوية كما لا يخفى .

## ٨- بيع وشراء الاسهم والسندات

كثيراً ما يحدث أن نوسط إحدى الشركات المساهمة البنك في بيع الاسهم والسندات التى تملكها لما للبنك من اتصال مباشر مع عملائه فاذا

وافق البنك على ذلك فبتمق على لعمولة ويولى بعدها عملية البيع وقد صحح شيخنا الاستاذ دام ظله أخذ العمولة باعتبارها جمالة من الشركة الى البنك على سع تلك الأسهم و سندات أو انها اجارة على ذلك فيكون البنك أحراً على تعريف تلك الأسهم وبيعها ويكون أحذه للعمولة أجرة له على عمله أو انها هبة من الشركة الى البنك مشروط فيها ببيع هذه الأسهم و السندات لها ويكون تخريج هذه لعمولة وتصحيحها حينئذ على واحد من هذه الوجوه الثلاثة المتقدمة :

إما الجمالة على البيع :

أو الاجارة على البيع :

أو الهبة المشروطة بالبيع :

كل ذلك فيما لو باع البنك شيئاً منها أما لو لم يبيع فلا يستحق العمولة ولا شيء له .

## ٩ - خصم الاوراق التجارية

( الكمبيالات )

ويراد بالخصم هو أن يدفع اسك لدقترض قبل الموعد المحدد قيمة الكمبيالة مقابل استقطاع مبلغ معين يسمى - تمصريف القطع - والكمبيالات التي هي في معرض التعامل على نوعين :

أولاً - كمبيالات تعبر عن وجود فرص حقيقي .

ثانياً - كمبيالات تعبر عن وجود فرض صوري - ويسمى بالمجمالة -

أما النوع الاول : وهي المعبرة عن وجود فرض حقيقي بين الدائن

والمدين ، فيمثل لها بما لو كان يزيد في ذمة شخص آخر مبلغ قدره مائة دينار وموعد استحقاق هذا القرض بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ حصول المدامية بين الطرفين . وفي هذه الحالة ، يأخذ ريد لورقة المذكورة ليبرلها عند شخص ثالث بمبلغ ثمانية وتسعين ديناراً ولابد لحامل الورقة والشخص الثالث من اعتبار هذه للمعاملة بيعية لا قرصية .

ويتولى الشخص الثالث بعد ذلك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور وهو - المائة دينار - في الموعد المحدد .

ومن الواضح عدم تحقيق الرما في هذه الصورة ، وإن تحققت الزيادة لأن هذه لعملية تكون من صهریات - مسألة بيع الدين بأقل منه - مع أن الدين لم يكن من جنس ربوي ، بل هو من الأوراق غير المكيلة ولا الموزونة . وفي الوقت نفسه لا قرص في اليبس ليتحقق الرما ، ليقال : إن وجود القرض مع الفرق يحقق زيادة حتى ولو لم يكن الموضوع مكيلاً أو موزوناً . بل هو بيع للماله ذمة الآخر الى أجل . وبتعبير أوضح .

إن الدين لو كان ربوياً كما لو كان لشخص ذمة آخر وربة من الخنطة أو مائة منقال من الذهب ، أو الفضة . وما شاكل هذا ، مما هو مكيل أو مورون ، فانه لا يجوز بيعه بشيء من جنس ذلك سواء كان بأقل ، أو بأكثر . لأن لزيادة في أحد المتجانسين المكيلين ، أو المورونين . في البيع تكون موجه لتحقيق الربوية وإن لم يكن أحدهما ديناً . أما لو كان يبيع الدين بعير بنفسه كما في بيع وربة من الخنطة مورنتين من الفرس ، أو كابت المجانسة محفوظة ولكن لم يكونا من المكيل ، أو المورون - كما في الأوراق النقدية - فلا مانع من بيع هذا الدين بأقل منه ، أو بالأكثر . إذ لا يكون البيع ربوياً - حينئذ - . والذي يظهر لنا في هذه الصورة هو وجود الدين الحقيقي بين الطرفين

لأن ذمة المدين حقيقة مشعولة بالملغ المذكور إلى الدائن فيبيع الدائن ماله بذمة المدين إلى الشخص الثالث .  
الكبيالات الصورية :

حيث لا يكون لأحد الطرفين فرص بذمة الآخر ، بل قد نعارف أن يكتب أحد الطرفين إلى الآخر ورقة - كبيالة - تفيد بأن أحد الطرفين مدين إلى الآخر بملغ مائة دينار وأن المدين مستعد لدفع في الموعد المحدد . ولذا أطلقوا عليها ( كبيالة المجاملة ) لذلك كانت المداينة صورية بينهما . وبعد تمامية هذه المداينة الصورية ، يأخذ الدائن ورقة الكبيالة ليدها إلى البنك فيستقطع البنك مبعأ مبعأ ويدفع البنك إليه ما تبقى إليه ، وعند حلول الموعد يتولى البنك مطالبة المدين بالملغ المذكور كاملاً . وقد يحى الفرق بين الصورتين - كبيالة لدير الحقيق وكبيالة المجاملة - في بادئ الأمر ، ولكنه واضح لدى التدقيق

فإن الدين في الصورة الأولى موجود فيبيع أحد الطرفين - والذي هو الدائن - ماله بذمة المدين إلى شخص ثالث فيكون ذلك من بيع الدين بأقل منه مع عدم كون المبيع ربوياً .

ولكن الدين في الصورة الثانية مستف ولا حقيقة له لأن ذمة المدين ليست مشعولة إلى الدائن ليتولى هذا الأخير بيع ماله إلى الآخر ، وعلى هذا فبإزاء أى شيء يدفع البنك المال ، مع عدم إشغال ذمة أحدهما ولا حل هذه الجهة - وهى عدم وجود دين حقيقى في هذه المعاملة - قد يقال : بطلان هذا النوع من المعاملات الشائنة في هذه الأيام

وفي مقام تصحيح هذا النوع من - الكبيالات - يمكن تصوير تزييلها عند الشخص الثالث على نحوين :

تارة - تكون على نحو البيع والشراء .

وأخرى - تكون على نحو القرض .

أما لو كان التزيل فيها على نحو البيع فالتصور ههنا صورتان :

الأولى - أن يكون توقيع - الكمبالة - من قبل المدين الصوري والاعتراف منه بانه مدين الى الآخر بالمبلغ ليرها عند الشخص الثالث راجعاً الى أن المدين بهذه العملية قد وكل الدائن - المحير - بأن يوقع المعاملة مع الشخص الثالث على مبلغ قدره ثمانية وتسعين ديناراً من ذلك الشخص في قال مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر في ذمة لمدين ويدفع الكمبالة الى الشخص الثالث ليقبض المائة دينار من المدين عند الاستحقاق ويستلم الدائن المبلغ المذكور ليدفعه الى المدين . وبذلك تنتهي المعاملة البيعية ويكون المدين الصوري مشغول الذمة الى ذلك الشخص الثالث بالمائة دينار ولا يكون في البين شيء من الربا .

وفي هذه الصورة لو أراد الدائن أن يستفيد هو بالمبلغ وإن كان ملكاً للمدين فعليه أن يجري معاملة جديدة مع المدين فيشتري منه المبلغ المذكور وهو ثمانية وتسعون ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر - مثلاً وبذلك تتم هذه المعاملة ويكون المدين الصوري مديناً للمك أو الشخص الثالث بمائة دينار والدائن مديناً للمدين بمائة دينار ولا ربوية في البين .

#### الصورة الثانية من التزيل على البيع :

هي أن يجري الدائن الصوري في الكمبالة - معاملة انفسه مع الشخص الثالث فيشتري هذا الشخص الثالث من الدائن مبلغاً قدره مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر بثمانية وتسعين نقدية وحيث تكمل هذه المعاملة البيعية بين الطرفين يحول الدائن الشخص الثالث باستلام المائة دينار عند الاستحقاق من المدين

ولا يمكن للمدين التخلّف عن هذه الحوالة لأن المفروض قبوله لها لتوقيعه - السكبيالة - والاعتراف بأنه مدين إلى الآخر بهذا المبلغ وهو مائة دينار .

وهذا المبلغ لو أراد الدائن أن يتصرف فيه فهو ملكه ويكون مشغول الدمة بمائة دينار إلى المدير حيث يدفع عنه إلى الشخص الثالث ما حول عليه وأما لو أراد المدين أن يتصرف بالمبلغ كان عليه أن يجري معاملة بيعية جديدة مع الدائن فيشتري منه ثمانية وتسعين ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة .

هذا لو تزلما هذه العملية المؤلفة من توقيع المدين والدائن وتزيلها عند شخص ثالث على المعاملة البيعية بين الطرفين الدائن والمدين من جهة ، والشخص الثالث من جهة أخرى .

وأما لو زلت المعاملة على القرض لم تسلم من الره . ولكنه يحلف  
فرّة يكون رباً من جهة واحدة  
وثانية من جهتين :

أما لو استقرض الدائن نفسه من الشخص الثالث مبلغاً قدره ثمانية وتسعون نقداً بمائة دينار مؤجلة وبعد اكتمال المعاملة القرضية حول الشخص الثالث على المدين ليقبض منه المبلغ عند الاستحقاق .

فها يتحقق الرها من جهة واحدة وهي دفع الدائن إلى الشخص الثالث مائة دينار عوض ثمانية وتسعين وإن كان الداهع هو المدير المحول عليه إذ المحول عليه يرجع عليه بهذه الحوالة فيكون الربا من جهة واحدة :

وأما لو وكل المدين الدائن بأن يستقرض له من الشخص الثالث ثمانية وتسعين ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر . وبعد هذا استقرض الدائن الثمانية والتسعين ديناراً على أن يدفع له بعد ثلاثة أشهر مائة دينار  
فها يتحقق الرها من جهتين :

الأولى - بين الشخص الثالث والمدين لانه يدفع له مائة دينار في قال ثمانية وتسعين .

الثانية - بين الدائن والمدين لصوري لانه استقرض منه ثمانية وتسعين ديناراً مقابل مائة دينار فيكون المدين دافعاً للشخص الثالث زيادة ربوية وأخذاً من المدين زيادة ربوية .

والخلاصة :

أن تصحيح هذا النوع من - كيبالات المحمية - يتوقف على أن ينزل هؤلاء الثلاثة دائر الصوري والمدين الصوري والشخص الثالث معاملتهم على البيع والشراء على المحر المتقدم أما لو زلت على لاستقرضت لكانت البطلان فيها محققاً فلا بد من الالتفات في مقام تبريل الكيالة والتوجه الى الاعتماد عن الفرض وإجراء المعاملات على محر البيع

## رجوع الشخص الثالث على المجير

يجرى التعامل في البنوك والمصارف على أن المجير الأخير والذي هو الدائن غالباً مسؤول عن المبلغ لو تخلف المدين عن دفعه عند الاستحقاق فللشخص الثالث أن يطالبه بتسديد المبلغ بكامله .

فما هو الوجه الشرعي لذلك ؟

وقد عرفت أن تنزيل - الكيالة - على البيع مع الشخص الثالث كان على صورتين فتارة تجرى على ذمة المدين والدائن وكيل في اجراء هذه المعاملة على دتمته وأخرى - يجريها الدائن لنفسه وبحول الشخص الثالث بالتسلم على المدين فلم يدفع المدين في كلتا الصورتين ، لمبلغ سواء كان قد مسكه

أو محولا عليه فهل في البين ما يلزم الدائن بالتسديد ؟ وللجواب على ذلك نقول :  
إن القواعد العتمية لا تلزم الدائن بالتسديد في كلتا صورتين لأنه وكيل  
في المعاملة الأولى ومحول في الثانية مع فرض أن المحول عليه وهو المدين  
قد قبل الحوالة وبهذا القول فقد فرغت ذمة المحول والذي هو الدائن كما  
صرحت به المصادر الفقهية .

ولكن يمكن الرام الدائن بدفع المبلغ عند تحلف المدين عن دفعه  
تتحريج ذلك على الشرط الضمني ولكن تصحيحه يتوقف على ملاحظة هذا  
النوع من الشرط لو صرح فهل يصح أولا وبعد ذلك ينتقل الى الشرط الضمني .  
ففي الصورة الأولى لو كانت المعاملة حارية على ذمة المدين والدائن  
وكيل عنه فانه يصح له انقول الى الشخص الثالث : مع زيدا مبلغاً قدره  
ثمانية وتسعون ديناراً نقداً بمائة دينار مؤجلة بدفعها لك المدين عند الاجل  
ولو لم يدفع عند الاجل فانا ملزوم لك بدفعه عنه ويقبل الآخر بهذه المعاملة  
ويكون الوكيل ملزماً وفي الصورة الثانية لو قال : نعي ثمانية وتسعين ديناراً  
نقداً بمائة دينار مؤجلة على شرط أن أحولك بالمبلغ على المدين ولو تحلف  
المدين عن الدفع بعد قبول الحوالة فانا متعهد لك بدفع المائة دينار عنه من خالص  
مالي ويقبل لشخص الثالث بهذه المعاملة على هذه الكيفية المذكورة .

وبعد تصحيح هذا النوع من الشرط لو وقع مصرحاً به سزم تصحيحه  
حتى لو لم يصرح به وكانت المعاملة مبنية عليه بحيث كان معروفاً ومتعارفاً  
عدهم ، فان هذا النوع من المعاملات مبني على هذا الاشتراط فيكون من  
قبيل الشروط الضمنية التي ينصرف اليها إطلاق المقيد نظير الانصراف الى  
نقد البلد كما لو اشترى سلعة من بلد - دينار - فان المصروف من ذلك هو  
كون الدينار حالاً غير مؤجل وكونه ديناراً عراً فلو كان لبيع قد وقع



في العراق - مثلاً - وهذا هو الحال في سائر الشروط الضمنية . وهذا يكون المحير ملزماً بدفع المبلغ لو تخلط المدين عن التسييد  
تصحح الكيالة على طريق الهبة :

وهل يصح تصحيح هذا النوع من الكيالات تخريجها على أن يكون الفرق المدفوع على نحو الهبة من المستقرض . فيما لو استقرض مبلغ عشرة دنانير بعشرة دنانير مؤجلة ويدفع منه هبة ديناراً للمقرض والجواب عنه .  
إن هذه القروض الجارية في البنوك والمصارف أو الأشخاص الآخرين إنما تنبئ على أخذ الفرق على التأخير ومع وجود هذا التباين لا يمكن أن يقصد الإنسان دفع الهبة منه إلى الشخص الثالث على نحو الاستقلال نعم لو استقرض من شخص مبلغاً ، بعد مضي مدة سله المبلغ نفسه وبعد ذلك تفضل المستقرض فأعطى شيئاً من المال إلى المقرض فالهبة حلال لأن المعاملة قرصية صرفة لا تفاوت فيها وقد تمت وجاء موعد الاستحقاق فسله نفس المبلغ من دون تفاصيل في البين وبعد هذا معناه شيئاً هبة وهذا بخلاف ما لو كان تأنيهم الدائن والمدين والشخص الثالث على أخذ الفائدة

## الفوائد التأخيرية

ونقطة أخرى لابد من معالجتها وتلك هي العروق التي يأخذها البنك عند تأخر الدفع بعد حلول الموعد وعدم تسليم المبلغ من قبل المدين العسوري وهذا بالنظر الأول لا يصح أخذه لأنه من قبيل أخذ شيء . إزاء التأجيل وهو ربا واضح ، ولأنه من قبيل السكوت عن المطالبة بالمدين إزاء أخذ الفائدة وربوية هذا ظاهرة .

وقد تعرض الشيخ الأنصارى ( قدس ) في كتاب المكاسب لذلك وحققه تحت عنوان - عدم حوز تأجيل الثمن الحال بأريد منه وقد بين هناك أن الزيادة في قبال الأجل تكون بحقيقة للربا من ذكر الرواية الدالة على أن سبب نزول الآية اشريعة في حرمة الربا الزيادة المذكورة والتي هي في قبيل تأجيل الدين الحال فراجع المكاسب ص ٣٠٦ طبع إيران على أنه قد وردت روايات في استعمال بعض الطرق الشرعية للتخصيص من الربا في الزيادة في قبال الأجل وذلك في البيع المجاني بأن يبيع الدائر على الشخص الثالث حصة من اللؤلؤ قيمتها الشرعية عشرة دراهم - مثلاً - بمائة درهم ويجعل التأجيل شرطاً من المدبوع على الدائر ، وقد ذكر صاحب الجواهر قدس سره هذه الروايات في كتاب الدين شارحاً قول المصنف وهو :

ولو أخره زيادة فيه لم تثبت الزيادة ولا الأجر .

قال في الجواهر مطلقاً (١) :

« دل هو للربا المحرم بلا خلاف ولا اشكال ، نعم قد يمتثل لذلك بجعل لزيادة في ثمن المبيع مثلاً وإن لم يبارده قد اشترط في عقد تأجيل الحال خاصة أو هو مع ثمن البيع كما نطقت به النصوص ، ففي موثق ابن عمارة قلت للرضا - عليه السلام - الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال الى وقت ، قال لا بأس قد أمرني اني فعلت ذلك ورعيت أنه سأل أنا للحسن - عليه السلام - عنها فقال له مثل ذلك ، وفي موقفه لآخر قلت لابي الحسن - عليه السلام - يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخري وأما أرحمك فأبيعه حصة تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم ، أو قال بعشرين وأؤخره المال قال لا بأس

وفي مصر عبد الملك بن عتة سأله عن الرهن يريد أن أعيه المال ويكون  
 له عليه مال قبل ذلك فطلب من مالا أريده على مالي الذي عليه أيسقيم أن  
 أزيده مالا وأبيعه للؤلؤة تساوي مائة درهم مالف درهم فأقول أبيعك هذه  
 اللؤلؤة مالف درهم على أن أوخر ثمنها ومالي عليك كذا وكذا شهر ؟ قال  
 لا بأس به .

وساء على ذلك فيمكن التخلص من الرهينة فيما نحن فيه بطريق الهبة  
 بأن يهب المدين مائة درهم إلى الدائن ويشترط عليه عدم المصالبة بالدين الحال  
 إلى مدة سنة .

بل لعله يمكن جعل شرط في الهبة نفس تأجيل ذلك الدين الحال إلى  
 سنة ننحو شرط النتيجة كأن يقول له - وهبتك هذا المال بشرط أن يكون  
 دينك الذي على مؤجلا إلى سنة أخرى - أو ننحو شرط السبب كأن يقول  
 له وهبتك هذا المال بشرط أن تؤجل في دينك المذكور إلى سنة .

والأولى - من ذلك أن يكون الشرط هو عدم المطالبة بالدين إلى مدة  
 معينة فانه اسم من اشكال التأجيل سواء كالب على نحو شرط النتيجة أو  
 شرط السبب .

ولكن من يمكن لنا أن نتخلص من اشكال الربا ؟

بالنسبة إلى أحد الفروق المستحقة بطريق الجعالة وصورتها بأن يجعل  
 المدين للدائن مبلغا معينا يتفق عليه الطرفان في قبالة تأجيل الدين أو في قبالة  
 عدم المطالبة إلى سنة .

وقد توقف شيخنا الاستاد - دام ظله - في ذلك إلا أنه فصل فيه .  
 - فمثلا - يقال بالبيع فيما لو كانت الجعالة في قبالة نفس التأجيل وهو  
 عين ما يراد الفرار منه .

نعم - قد يقال بالصحة في الصورة الثانية أعني كون مقابل الجمالة هو عدم المالية الى سنة فان عدم المطالبة - مثلاً - قابلاً لاخذ الجلس في قبالة إذ لا يشترط فيما يكون في قبالة الجمالة عمر خارجي خاص من المجهول له ، بل يكفي الترك وعدم المطالبة كما لو جعل جملاً معيناً لمن يريد مزاحمته في شراء الدار فيجعل لذلك المزاحم مبلغاً من المال براء عدم الزيادة وعدم الدخول بينهما - وان كان قد يتأمل في هذا التنظير الأخير .

## ١٠ - الاعتادات المستندية

ويقصد بذلك : هو أن يتم العقد بين التاجر والشركة في خارج البلاد أو وكيلها الموجود في البلد على نوع من البضاعة وبعد أن يتفق الطرفان على الشروط والمواصفات ، يتقدم التاجر الى البنك بطلب - فتح إعتاد - وفي هذه الفترة يرسل الوكيل القوائم التي تبين نوعية البضاعة ومقاديرها ، والأسعار التي اتفق عليها الطرفان . الى الشركة يعلمها بذلك أن الاتفاق قد تم بينهما على هذه المعاملة ، أو يقوم التاجر بهذه العملية لو لم يكن للشركة وكيل في البلاد . وعندما يطلب التاجر من البنك فتح إعتاد له لابد له من أن يدفع للبنك قسماً من قيمة البضاعة - ويتبع هذا لاتفاق بين الطرفين - ويقوم البنك بعد ذلك بدفع المبلغ بكامله الى الشركة وبراء ذلك لابد من تسجيل البضاعة باسم البنك من حين التصدير . وعند وصولها الى المحل يشعر البنك صاحبها بالوصول ويتم تحويل البضاعة من اسم البنك الى اسم صاحبها بعد أن يدفع مادفعه البنك الى الشركة مما تبقى من مبلغ البضاعة ويتقاضى البنك عن هذه العملية عمولة مقطوعة اراء خدماته من تسجيل

المضاعة باسمه واعتباره طرفاً آخر في قبيل الشركة المصدرة ،  
وفائدة تستقطع لقاء دفع المال المتبقى من يوم تسليمه الى الشركة الى  
يوم تسلمه لمال من صاحب البضاعة .

ويحفظ الاعتماد - عدة - حقوق كل من المصدرين والمستوردين .  
أما المصدر - فلابه يستلم قيمة المضاعة حين تصديرها . فهو بذلك  
يضمن حقه .

وأما المستورد - فلابه يستفيد بالمبلغ المتبقى في نفقة مجالسته  
التجارية الأخرى .

يضاف الى ذلك . أن الناحر مجبور على حمل البنك وسيطاً في تمامية  
المعاملة لان الحكومات تمنع تحويل الأموال وإحراجها الى خارج البلاد ما لم  
يكن ذلك تحت نظرها واشرفها - وترتدأ على ذلك - أن الاستيراد معلوق  
في وجه التجار ما لم تكن البنوك هي الواسطة في تمامية هذه المعاملة بين الطرفين .  
ويكون البحث في هذه المعاملة في موردتين :

الأول - في حلية ما يأخذه البنك من صاحب البضاعة عمولة وفائدة  
على المبيع المتبقى طيلة الفترة الواقعة بين يوم تسليم المال من قبل البنك  
وتسليمه من صاحب البضاعة .

الثاني - في جوار شراء تلك البضاعة لو أعلن البنك عن بيعها وتخلف  
صاحبا عن تسليمها ودفع ما عليه من المال .  
العمولة المأخوذة على المبالغ المتبقية :

---

ومعاملة الاعتماد يمكن تنزيلها على صورتين تكون صحيحة في واحدة  
وماطلة بالنسبة الى الأخرى .

الصورة الأولى - أن يكون دفع المبالغ من جهة النك كقرضة منه لصاحب البضاعة فيكون صاحب البضاعة مديناً للبك بالمبلغ المدفوع الى الشركة ويكون حينئذ أحذه للعمولة والفائدة باطلاً لأنه أجرى معاملة قرضيه مشتملة على فوائد ربوية فالمعاملة باطلة ولا يسوغ له حتى أخذ العمولة ويكون تـحليه للبضاعة باسمه من حين التصدير الى يوم تسلمها من قبل صاحبها كوثيقة بيده براء ماله على صاحب البضاعة من الدين ولا شك في فساد هذه المعاملة .

الصورة الثانية - أن تكون المعاملة المذكورة جارية على النحو الآتي : وهو أن يتم العقد والاتفاق بين التاجر والشركة أو وكيلها على بوعية البضاعة وأوصافها فتتم المعاملة البيعية بين الطرفين إلا انها عامة بيعية مشروطة بأن يتدخل البك لتسليم المال وفاء عما في ذمة صاحب البضاعة للشركة فيقوم البك بأداء ما على التاجر من الديون الى الشركة ، ووفاء الدين من شخص آخر يمكن أن يكون حاصلًا على بحر التبرع من دون أن يكون المدين صاماً الموقى ، كما لو كست مشعول الدمة لزبد بمائة دينار وأقدم صديق لك على تسليم هذه المائة من ماله الى الدائن من دون أن تملكها أنت وبذلك تبرأ ذمتك أيها المدين من الدين المذكور - نعم - لو وقعت مقاوله بين المدين وبين الموقى بأن يقول المدين الى الموقى - أذنى ديتى الذى على لزيد وأنا ضامن لك مقدار ذلك المال الذى تدفعه للدائن وفاء عن ديتى .

والظاهر أن معاملات الاعتماد الجارية بين التاجر والبك من هذا القبيل فان انعقد يتم بين الطرفين ولا يكون للبك تدخل في ذلك (١) وحيث (١) الطاهر من التعريف الذى ذكرت للاسهادات المستندة هو ان البك يكون حياً عن العقد بين التاجر والشركة لأنه هو الذى يكون وكيلًا عن المشتري في إجراء معاملة البيع والشراء قال الامام حسن محمد ربيع في كتابه

يكون التاجر مديناً للبنك بالمال وأشركة عليها تصديره الى المحل تتوقف هذه العملية على تسليم المال من قس البنك لان المصدر لا يمكنه أن يتسلم المال إلا من هذه الجهة لان الطرق مسدودة في وجهه وكذلك المستورد فإنه لا يمكنه تحويل الثمن إلا بواسطة البنوك فلا يكون ذلك من باب القرض لتكون الزيادة ربوية من هي من باب الجمالة على أنه إذا أدى على ديون أن أدفع له أصل المال والزيادة المقررة .

وحينئذ فيكون التاجر ضامناً للبنك ما دفعه عنه الى الشركة وضامناً له الزيادة المقررة المأخوذة من هذه العملية من زجبل البضاعة باسم البنك وتسجيلها بعد تسليم مبلغ باسم التاجر وما يتخلل ذلك من عمليات توفر على التاجر وقتها حيث لا يكون مكلفاً بمرقة البضاعة وتصديرها وشحنها وما شاكل ذلك بل تكون هذه بمهمة البنك وحيث يصل لمال يبلغ التاجر بتسليمه .

فتكون هذه المفاولة بين التاجر والبنك مؤلفة من عمليات أربع يقوم البنك بأشئ ويقوم التاجر بأشئ أيضاً .

المصارف من ٨٣ \* ويلاحظ أنه من فتح لأعتاد استندي يجب أن يكون العقد قد تم بين السائق والمستقري وخاصة فيما يتعلق بالكمية والسعر وشروط الدفع وتسليم \* \* تقدم استقري بعد ذلك الى مصرفه ويمثل الطلب الخاص بفتح الاعتماد وعلى القبول بان الاعتماد استندي هو اعتماد فتحه مصرف لمشتري بضائع من الخارج جهان مستندات الشحن البحري \* .

من هذا وغيره مهم أن هذه العملية ليست ليد من تمامها في الخارج قبل مراجعة البنك ولا تكون سمة البنك إلا أنه تكفل بوفاء ديون التاجر الى الشركة .

أما ما يقوم به البنك فهو :  
 اداء ما على التاجر من الدين أولا .  
 وتسجيل البضاعة باسمه ثانياً .  
 وأما ما يقوم به التاجر فهو :  
 لصيان للبنك بذلك المقدار لدى دفعه عنه الى الشركة أولا وإعطاء  
 الفرق المقرر على عملية التسجيل المذكورة ثانيا  
 والخلاصة :

أن هذه المعاملة تكون مبرلة على أن يكون دفع البنك دين لتاجر الى  
 الشركة من قبيل وفاء دين لتاجر من مال نفس البنك مع صيانة التاجر لذلك  
 المقدار لدى بدفعه عنه الى الشركة لا أن ذلك الدفع يكون إقراراً من البنك للتاجر  
 وأما ذلك المقدار المسمى بالعمولة المحدودة بذلك الحد فهو إما يكون مستحقاً  
 للبنك على التاجر براء قيامه بتلك الاعمال أعنى جمع البضاعة باسم البنك  
 الى حين ورودها وتسليمها لا أن ذلك القدر يكون فرقاً على الدين الذى للبنك  
 على التاجر وتكون هذه المقررات مبرلة تعاقد بين التاجر والبنك على اقيام  
 بها كل بحسب المقرر عليه وحيث قد تصح المعاملة إذا فـيكون أحد للعمولة من  
 طرف البنك في قبـال قيامه بتسجيل البضاعة باسمه ونقلها الى اسم صاحبها عند  
 الوصول ودفع بقية المبلغ وما يتخلل بين هذه من عمليات ولعل تسميتهم  
 لذلك لمقدار الذى يأخذه البنك بالعمولة لا يخلو من اشعار بأنه براء العمل  
 الذى عمله فان في المعجدة والمالة والمالة والعمالة أجرة العامل ورقه والعمالة  
 تقول العمولة ، الخ ، وربما يقال :

بان تسجيل البضاعة باسم البنك لا يستدعى إعطاء الفائدة عليه لان



المال يكون كوثيقة بده وتسجيلها باسمه يكون لنا كبد على حقوقه ولا معنى لدفع الفائدة على ذلك الجواب عنه .

ان الامر وان كان كذلك ، لا أن نفس تسجيل البضاعة من حين التصدير الى حين الوصول باسم البنك مما يكون موجبا للاهتمام بها وعدم التعريط بها من الجميع لان أهميته ليست لدى الجميع وسماعته أكثر ما للتاجر من عدوان واعتداء ، أضف الى ذلك ما يجر ذلك من عميات النقل والانتقال والتعرض للاخطار ومطالبة البنك لشركات لتأمين لو حل البضاعة حادث في الطريق وكل هذه العمليات مما تذكر في صلاح التاجر وعدم تكليفه بصرف الوقت وتدقيق المعاملة من حين التصدير الى حين الوصول .

نعم عليه أن يسلم المال حيث يشاء البنك بالوصول ولا بأس بأخذ المال على هذه الأعمال انى يقدمها البنك كمساعدة منه الى التاجر وفي الوقت نفسه يستفيد من ورائتها بذلك المال الذى يأخذه

ولكن لابد من الاتفاقات الى هذه الخصوصيه وهى أن يكون التباين بين التاجر والشركة على دفع الفرق كممولة على خدماته لا كعرق على المال اذ كان مدفوعا من قبل البنك بغير القرض فان وجود القرض ودفع الريادة دار له بوجوب طلاق المعاملة وعدم صحتها .

ومن ذلك كله يظهر لك أن ما نحن فيه ليس من قبيل إقراض البنك للتاجر مع الاشتراط من البنك على التاجر بان يجعل له جملا على تسجيل البضاعة باسمه لما عرفت أن ما يدفعه البنك الى الشركة عن دين التاجر ليس إقراضا منه للتاجر بل هو اداء لدين التاجر من مال البنك نفسه وإن كان مضمونا على التاجر فلو كان التسجيل والنقل شرطا في ذلك لم يكن من قبيل الشرط النافع للقرض في ضمن القرض .

وهذه الجهة أعي إحراج المسألة عن إقراض البنك للتاجر بأراء هذه  
المفئة هي العمدة في تصحيح هذه المتأولة والمعاملة المقررة بين الطرفين البنك  
من جهة والتاجر من الجهة الثانية سواء قلنا أنها من باب الصلح أو من قبيل  
العقد المستقل أو قلنا بأنهما من مجرد وعد كل منهما لصاحبه بما يقوم به وقد  
وفي كل منهما لصاحبه بوعده ولا بأس بذلك وإن لم يكن في الدين عقد  
ومعاملة ملزمة لكل منهما للآخر .

بيع البضاعة لو تخلف صاحبها عن تسليمها :

ولو مالو تخلف صاحب البضاعة عن تسليمها بعد إنداره من قبل  
اسك فهل يجوز والحالة هذه شراء تلك الأمرار لو باعها البنك لاستيفاء  
ما دفعه من المبالغ الى الشركة ؟ الظاهر جواز ذلك

لأن البنك وكيل عن التاجر ببيع بضاعته عند تخلفه عن دفع ما عليه  
من بقية ثمنها وقد جاء ذلك صريحا في العقد الذي يوقع عليه التاجر الخاضع  
بينه وبين البنك فقد جاء في الشرط الثالث من شروط ذلك العقد ما يلي :

وعند تخلي عن دفع المبالغ المستحقة لكم أو إبراء ذمتي بحوكم طاكم  
مطلق الحرية وبدون إشعارى مقدما ببيع البضائع المذكورة (١) .

و بمقتضى هذا التصريح يكون البنك وكيلاً عن صاحب البضاعة ببيعها  
واستيفاء حصته من إتمامها كما ينصح ذلك جليا لمن يراجع المصدر المذكور  
ويقف على ورقة العقد .

## ١١ - خطاب الاعتماد

وقد اعتادت المصارف والبنوك تسهيلها لعملائها المسافرين الى خارج البلاد أن تزودهم بحصص تحويل فيها البنوك والمصارف ، تزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجه من المال بالمقدار الذي يحول فيه الدفع والغاية من ذلك هو التسهيل على المسافر من حين القدوم معه الى البلاد التي يريد الإقامة فيها أو المرور عليها حفظاً لها من التلف والصياع

فإذا رغب المسافر الى الخارج بأن يأخذ من مصرفه مثل هذا الخطاب فعليه أن يدفع المبلغ بكامله الى البنك مع دفع عمولة على ذلك يتفق عليها مع البنك وحينئذ يزوده البنك بالخطاب المذكور وهو يوجه الى ملك معين أو ابنوك العالمية تزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجه من نقود ذلك البلد - وكما يشاء - بشرط أن لا يتجاوز ذلك لقيمة المصروف عليها في ذلك الخطاب . أما الحكم الشرعي لهذه المعاملة من حيث دفع العمولة الى البنك وأخذها من قبله من المسافر فلم ير شيخنا الاستاد - دام طله - بأساً في ذلك .

لأما سبق وان بدأنا في البحث عن الحوالة أنها تنقسم الى قسمين .  
الاول - ما كان الدفع فيه من المراجع الى البنك فيدفع له المبلغ كاملاً ليحوله الى بلدة أخرى وقد ذكرنا هناك عدم الوقعة في أخذ هذه العمولة التي يتقاضاها البنك لأن لفائدة قد خرجت من الدائن الى المدين ، وقد عرفت أن الفائدة الربوية هي ما خرجت من المدين وقد جرت تبعاً الى الدائن وخطاب الاعتماد من هذا القبيل فان المسافر باعطائه المبلغ الى البنك فقد أقرضه ذلك المبلغ والبنك يحوله بالمبلغ على البلدان الأخرى والعمولة التي يتقاضاها قد جرت تبعاً الى المدين وخرجت من الدائن فلا ربوية في البيع .

## ١٢ - معاملات مصارف

## الرهون . والمقار . والصناعي

وتختلف الأعمال الحارية في هذه البنوك عن بقية البنوك حيث يكون تسيف المال فيها بازاء رهن يوضع لسيها من عقار أو ذهب أو فرش أو مكائن علماً بان بحثنا الآتي يشمل البنوك الأهلية لو أرادت أن تكون لها مصارف على هذا الفرار . أما المصارف الحكومية فان حكمها عرف مما تقدم حيث يكون تسلل المال منهم اسداء بعنوان المال بجمول المالك ويتوقف التصرف فيه على إجارة الحكم الشرعي وحين الدفع يكون أصل المال مع ما يترتب عليه من الفوائد من المال المقبوض من الشخص ، الفهر والاجهار ولا وجه لبيع العين المرهونة ولا لشرائها من المصارف لانها ليست بجارة من قبل أحكام الشرعي . والبحث في هذه الموارد الآتية بقناول البنوك لأهلية والتي تجرى على هذا النحو من الرهن والبيع عند التخلص من تسليم المال .

وطبيعة البحث عن هذه المعاملات يستدعي التكلم في جهات أربع :  
الاولى - في الوجه في تسلل المستلف المال من البنك أو المصرف .  
الثانية - المسوغ لاعطاء الفائدة للمصرف باراء ما يستفقه الراهن منه من المال .

الثالثة - في المصحح لبيع العين المرهونة من قبل البنك لو تخلط المستلف عن أداء ما قبضه من المال عند الاستحقاق .

الرابعة - في الوجه في شراء العين المرهونة من قبل المرتهن لو تخلط الراهن عن أداء ما عليه من المال المقبوض .

الوجه في أخذ المال من المصرف :

وقد تقدم أن شرحنا هذه الجهة في التمهيد الذي ذكرناه في المقدمة لأعمال البنوك والمصارف .

وبينا هناك أن المصرف لو كان حكومياً وكان رأى المستلف أو من يرجع إليه في التقيد هو عدم مالكية الدولة للأموال التي تستحصلها فإن هذا المقبوض يكون من فروع المال بمجهول المالك ويكون التصرف فيه متوقفاً على اجازة الحاكم الشرعى وأما لو كان البنك حكومياً وكان الشخص أو مرجه التقليد يرى مالكية الدولة فإن هذا المال يكون من فروع الأموال المقبوضة من الجمعيات الخيرية وما شاكلها حيث تكون الجهة مالكة عند من يرى مالكية الجهة .

وأما لو كان دافع المال من البنوك الأهلية أو الصيارفة فينبذ لابد من أعمال عناية بملاحظة الطرق المسموحة بحسب الشريعة المقدسة للتخلص من الربوية ويكون الحال في ذلك كما هو الحال في الأموال المقبوضة بواسطة الكمبيالات .

ثانياً - إعطاء الفوائد الى المصرف :

ولابد من رعاية الطرق الموجهة لحلية الفرق للمصرف واسهلها هو جعل المعاملة خارجة عن القرض بأن يكون المنشأ هو المصالحاة أو بيع هذا المقبوض من أوراق العملة ويكون عوضه عند رأس المدة هو المجموع من ذلك المقدار والفرق المقرر

## ثالثاً - بيع العين المرهونة :

ولم يبق علينا إلا أن نعرف ما لو كان للبصرف الحق في بيع العين المرهونة عند تخلف المستلف عن دفع ما عليه من المال إلى البنك أم لا ؟ ومن الواضح أنه بالنظر في الأولى لا يجوز للمرتهن بيع ما بيده من رهن إلا بأجارة الراهن نفسه وذلك لأن الرهن أمانة بيد المرتهن ولا يجوز له التصرف بها ما لم يشترط المرتهن على الراهن أنه إذا حل الأجل ولم يدفع له المال يكون المرتهن مسيطراً على بيع ما بيده من الرهن إستيفاء حقه ، وعند ذلك هل يكون مثل هذا الشرط صحيحاً ؟

ويجيب شيخنا الاستاذ دام طله عن هذا السؤال : بأن الظاهر صحة مثل هذه الشروط سواء كان هذا الشرط مخرجاً على نحو شرط النتيجة أو على نحو شرط السبب (١) .

وذلك فأنما لو بطل الشرط على نحو شرط النتيجة لم يفتقد لا يتوقف المرتهن إلى إجراء صيغة الوكالة من نفس لشرط يكون كافياً لإثبات وكالة المرتهن على بيع العين المرهونة عند تخلف الراهن عن دفع ما تسليه من المال .

(١) شرط النتيجة ، وشرط السبب اصطلاحان يراد بهما :

شرط النتيجة : أن المرتهن يشترط على الراهن « أن يكبل عنه في بيع العين المرهونة إذا تأخر عن دفع المبلغ الذي حقه منه » .  
شرط السبب : معناه أن المرتهن يشترط على الراهن أن يوكله بعد ذلك على البيع .

وأما لو زلنا الشرط على نحو شرط السب فباحتاج المرتهن الى الحصول على لو كالة من قبل الراهن على البيع . فلو امتنع الراهن من توكيل المرتهن على بيع العين المرهونة والمفروض أنه مخلف عن أداء ما عليه من المال الى المرتهن فيكون هذا من قبيل تخلف لشرط .

وعليه فما هو المخرج لاعتقاد أموال المرتهن في مثل هذه الصورة ؟ لا طريق للمرتهن إلا اجبار الراهن على أن يوكله في بيع العين المرهونة واستحصل ما دونه له من المال ولو لم يسفد عن الاجبار المذكور أو لم يتمكن منه فينتد بفسخ الشرط . ومن الواضح أن بحلال الشروط في المعاملات إنما يكون لصالح المشروط له ليقسح لمجال أمامه لصح المعاملة ومن ليدبى أن فسح للماملة في هذه الصورة لا يكون لصالح المرتهن ( البنك ) ليستفيد من ابطال مضافاً الى أن الراهن من قبله في حقه يكون جثراً من دون تخلف بشرط وإن كان عند الراهن لاراً من قبل الراهن . ومن مجموع ذلك يظهر لنا السؤال التالي :

إن عدم التوكيل في صورة ما لو خرجنا لشرط على نحو شرط السب لا يتمتع الهاب للمرتهن ببيع ما تحت يده من الراهن .

إذاً فما يصنع وراهن منهرب من دفع المال أو لا ومن توكيله على بيع العين المرهونة ثانياً ؟

ويرجعنا شيخنا - دام طله - الى الحاكم الشرعى في مثل هذه الأحوال كما هو الحال لو لم يكن في البين اشتراط للوكالة أصلاً فانه عند عدم الوفاء وحلول الاجل يكون الحاكم الشرعى هو المرجع في مثل هذه القضايا .  
ونقطة دقيقة تواجهنا ونحن في صدد تصحيح هذا النوع من الشرط حيث يشترط المرتهن على الراهن ببيع العين المرهونة عند تخلف الأخير عن

دفع ما بذمته من المال وهي موقف الراهن من هذا الشرط بعد حصوله، فهل يجب الوفاء به أو لا؟ وأجاب شيخنا - دام ظله - بأنه لا إشكال في وجوب الوفاء لانه مقتضى الشرط ووجوب الوفاء به مضافاً الى الاجماع المسقولة في صحة هذا النوع من الشرط قال المحقق في الشرائع (١)

(فاذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين).

وحيث يصل صاحب الجاهز (٢) - رحمه الله - الى هذه الفقرة يعلق عليها قاتلاً «بلا خلاف بل على العبة الاجماع عليه لعدم المؤمنون عند شروطهم وأوفوا بالعقود وخصوص ما دل على الرهن الشامل لهذا القرد» وقال معلقاً على قوله «ولزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة» وقالاً للشهور بين الاصحاب نقلاً ونخصيلاً بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه الى الخلاف مشعر بعدمه بينما ولعله كذلك فاني لم أجده إلا من الشهيد في اللمعة بما منه على ما سمعته من مذهبه» وقال صاحب الرياض (٣).

معلماً على قول المصنف «ويجوز اشتراط الوكالة في الرهن» عند حلول الدين له ولوارثه وغيره في عقد الرهن وغيره من العقود اللازمة بلا خلاف يعرف بل عليه الاجماع في العبة وهو الحجة مصافاً الى الأصل وعمومات الأدلة بلزوم لوفاء بالعقود والشروط السائدة غير المخالفة للكتاب ولسته وما نحن فيه منها بالبدية»

«اذا عرفنا صحة هذا النوع من الشرط وتامة الوكالة من قبل الراهن

(١) كتاب الرهن الفصل الخامس.

(٢) حواهر الكلام كتاب الرهن الفصل الخامس في البحث عن المرتهن.

(٣) الرياض جزء ١١ كتاب الرهن الرابع في رهن المرتهن.



إما بنفس الشرط ليكون على نحو شرط لتبعية أو بالتوكيل بعد ذلك ليكون على نحو شرط السب فهل بإمكان الراهن الرجوع عن هذا الشرط وعزل المرتهن عن وكالته ببيع العين المرهونة عند التخلّف عن أداء ما قصه من المرتهن من المال كما هو الحال في جميع الوكالات أو أن هذا النوع من الوكالة خصوصية تمنع الموكل من العمل بعد صدور التوكيل منه ؟

أما صاحب الشرائع رحمه الله فقد تردد في إعطاء هذه الصلاحية إلى الراهن حيث قال : « وإذا اشترط المرتهن لوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معين ولم يكن للراهن مسح الوكالة على ترده (١) » .

ولكن صاحب الجواهر - قدس - أوضح به لا مجال للتردد وقال فن الغريب قول المصنف على تردهم أو ضح ذلك ، لا يريد عليه مراجع (٢) وجرى على ذلك المرحوم الخايع اغا رضا الهمداني كما سيأتي أن شاء الله تعالى عبارته والمرحوم السيد الطباطبائي اليزدي (٣) .

ويرى شيخنا لامتاد - دام ظله - أن هذا النوع من التوكيل لا يقبل العمل ببيان أن طبع لوكالة وإن كانت تسجل بالعزل إلا أن محصل هذا النوع من الشرط بين الطرفين حيث يوكل الراهن المرتهن على بيع العين المرهونة ينحل في واقعه إلى أمرين :

الأول التوكيل من الراهن للمرتهن .

الثاني - لابقاء على تلك الوكالة إلى حين صدور الموكل فيه والذي هو

(١) كتاب الرهن - الفصل الخامس -

(٢) الجواهر - كتاب الرهن - الفصل الخامس في دتهن من ٣٢٦

(٣) مسأله ١٣ من كتاب الوكالة من ملحقات العروة

بيع الدين المرهونة وليس له عزله قبل ذلك من مملكته لقول بقاء الوكالة حتى لو مات الراهن بل لو مات المرتهن لا يفسد - ق هذا الشرط الى ورثته .

وقد أشيع لموضوع بحثنا المرحوم صاحب الجواهر - فده - وأوضحه بما لا مزيد عليه المرحوم الحاج آغا رضا الهمداني - فده - حيث تعرض الى أن هذا النوع من الوكالة غير قابل للعزل فقال : وكيف كان فلو شرط الوكالة سواء كان شرط لعقد أو كونه وكيلًا فالظاهر أنه لا يعزل بالعزل إذ الظاهر من حد امتناعه أن ليس مقصودهم مجرد إيجاد وصف الوكالة في الخارج حتى لا يمايه عزله بعد لايجاد بل غرضهم تحقق الوصف في الخارج مستمر إلى زمان البيع فالعزل ينافي مقصود والذي بنوا عليه الأمر إلى أن يقول : فانه مقصود من شرط هو إيجاد وصف الوكالة للمرتهن دائماً إلى أن يتحقق لبيع وهو أمر معدور وسائغ في ذاته فيجب بمقتضى الشرط الخ (١) . وقد ذهب الى ذلك ايضا استاذ المحققين الشيخ النائيني قدس سره حيث قال : ولو شرط وكالة المرتهن أو غيره لم ينعزل (٢) .

إدأ فلا يكون صدور العزل من جانب الراهن نافداً لا لاطال وكالة المرتهن على بيع الدين المرهونة عند التخلف من دفع ما بذمته هذا من الوجهة العملية :

أما تطبيق ذلك على ما في الخارج ، فإن أغلب لبوك تصرح بهذا الشرط ، وهو أن يكون لبك وكيلًا عن جانب الراهن في بيعها واستيفاء ماله من المال منها ، وحتى لو لم يحصل انصریح بذلك الشرط فإن تباين المتعاملين الراهن ، والمرتهن في اسنوك على هذا الأساس فإن الراهن حيث يقدم

(١) كذب الراهن من ٢٢٣ .

(٢) الوسيلة من ٢٣٦ مطبعة العرفان .

على وضع العين رهناً عند البنك وإنشاء تلك المعاملة يكون قد انشأ في ضمنها هذا الشرط فيصح البيع حينئذ .  
 رابعاً - شراء العين المرهونة :

وبعد أن عرفت صحة بيع العين المرهونة قبل المرتين فلا مانع للاجنئ أن يشتريها منه ولا يتوقف ذلك على رضا الراهن وإمضائه .  
 الخلاصة .

إن الأعمال الجارية في البنوك والمصارف كثيرة ، وبالإمكان أن تحصل معاملات جديدة في المستقبل تبعاً لتطور أنظمة البنوك ، وهي لو كانت منزلة على القرض والاقتراض وأخذ الفائدة ودفعها بأزاء تلك القروض فإن ذلك من الربا المحرم ولا شبهة في تحريمه .

نعم لو أمكن إجراء المعاملات القرضية على نحو البيع والتبائع - بالنحو الذي ذكرناه في البحوث المتقدمة - لكان ذلك صحيحاً مراداً من الربا والرويات وعلى الاخص بعد أن تقدم في البحث عن حقيقة الأوراق النقدية بيان جهة تغطية الديار في هذه الأيام وأنه لا يبرهن الدهر والفتنة ليحصل الربا من التبائع فيه بالأكثر .

ولا يعترض بأن النتيجة تكون واحدة حيث تبدل المعاملة القرضية بالمعاملة البيعية ، فيكون هذا من التحايل على الشرع - كما يسمى في العرف الجارى بأنه من - التحايل على القانون - فإن العرض في المعاملتين واحد وهو إتزاز الفائدة من الطرف الآخر بأي نحو كان .

لأننا نقول : أن الشارع المقدس حيث حرم القرض والاستقراض

بافائدة ، فتح لنا طرقاً كثيرة . أساسها أخذ الفائدة والريادة . ومنها - البيع فإن المعاملة البيعية لا تخلو من أحد الفائدة والعصل ولكنة بالطريق الذي رسمه لنا الشارع المقدس . وهكذا دفع الزيادة نحو الهبة . وأمثال ذلك من الطرق المقررة للفرار من الريا فإن الحكمة في تحريم الريا وإن كانت هي اسداد باب التجارة والمعاملات لانكال المرابين على سلوك هذا الطريق المؤس لهم من الخسارة إلا أن هذه الحكمة (١) وإن كانت جارية في هذه الطرق

(١) كثيراً ما يرد في السنة الفقهية أن هذا التعليل من باب الحكمة وليس من العلة أو العكس . وقد مثلوا لما كان التعليل في القضية من باب الحكمة بتعليل تشريع العدة بها لدفع اختلاط المياه ، وتعليل وحوب الصلاة بأنها ناهية عن الفحشاء والمنكر . ومثلوا لما كان التعليل فيه من باب العلة بتعليل حرمة الخمر للاسكار ، فجعلوا اختلاط المياه من قبيل الحكمة التي دعت الشارع المقدس لأن يشرع العدة في الموارد المنصوصة . فإن هذا النحو من التعليل لا يكون الحكم دائراً مداره وجوداً وعدمياً ، بل يكفي فيه العلة . بخلاف الثاني ، فإن الاسكار يكون علة للحرمة ويكون الحكم دائراً مداره وجوداً وعدمياً

وفي الحقيقة يكون الحكم وهو التحريم وارداً على عنوان السكر ، وحيث كان الخمر من حلة المسكرات لا ينطبق عليه الحكم المذكور . والضبط في كون التعليل من باب العلة هو ما أمكن أن يؤخذ منه كبرى كلية موجهة الى المكلف وإن تعددت مصاديقها بخلاف الحكمة فإنه لا يصح أن يؤخذ منه كبرى كلية موجهة الى المكلف إذ لا يصح أن يقول الشارع المقدس يجب على المرأة عدم اختلاط ابياء أو يجب على المكلف كلما هو ناه عن الفحشاء والمنكر . وتفصيل هذا مطلب موكول الى محله من مباحث الأصول .

المذكورة للتخلص من الربا ، لكنه قد تقرر في محله أنها ليست من قبيل العلة التي يدور الحكم مدارها وجوداً وعدمًا .

فنحن - إذاً - لا بد لنا من اتباع النصوص الشرعية فيما أباحه الشارع وفيما حرمه وقد ( أحل الله البيع وحرم الربا ) من دون نظر في هذه الآية الكريمة إلى أن المعاملة يجب أن لا تكون مبنية على الفرار من الربا . فكل معاملة يحصل فيها الاتفاف ولم تكن من أقسام الربا ، تكون مباحة شرعاً .



# السرقفلية

ما هي السرقفلية ، النوع الأول  
احد المال ياراه السرقفلية ، موقف  
امالك من السرقفلية ، النوع الثاني  
المتاحر والسرقفلية .





## ماهى السرقفية ؟

ليست كلمة - السرقفية - عربية بل هى كلمة - فارسية - ترمز الى ما نعارف فى أيامنا الأخيرة بأن يتنازل المستأجر عما تحت تصرفه من إيجار المحل الذى يشغله الى الآخر ، ويتقاضى اراء هذه العملية مقداراً من المال يتفق عليه الطرفان ورعاً سمي ذلك فى اللغة الدارجة - الخلو - وهو مأخوذ من تحلية ما تحت اليد الى الغير . وهى على أنواع :

### النوع الأول من السرقفية :

ما يكون الاتفاق فيه واقعاً بين المستأجر القديم والجديد فيتنازل الأول عما تحت تصرفه الى الثانى وفى قبال هذا التنازل يدفع المستأجر الجديد المبلغ المتفق عليه الى المستأجر القديم . وبهذا يكون المالك فى محبب من المعاملة والاستفادة منها .

ولابد لنا - والحالة هذه - من معرفة الوجه الشرعى فى أخذ المال والتصرف به من قبل من كان المحل تحت تصرفه أولاً ، وكيفية إعطاء المال من قبل المستأجر الجديد .

وأخيراً لابد لنا من تحديد موقف المالك من هذا التنازل من شخص قد استأجر ما هو ملك له وقبول المستأجر الجديد وهل بإمكانه الوقوف فى طريق هذه المعاملة أولاً ؟

## أخذ المال بأزاء المرحلية :

وفي صدد المحاولة لتصحيح مثل هذه المعاملة من الطرفين والمالك في معزل يرى البعض بأن هذا المقدار من التنازل من المستأجر القديم الى غيره حق من حقوقه لأن تصرف المحل بيده طيلة مدة العقد وهو في الوقت نفسه الشروط الضمنية ولا مجال للمالك أن يمنعه من استعمال حقه وعدم الوفاء بذلك الشرط الضمني .

ويمثلون للشروط الضمنية والتي لا يجوز التخلف فيها - مثلاً - بما لو باع شخص كتابه لآخر بدينار فلا مجال للمشتري من أخذ الكتاب من البائع واحتساب المبلغ ديناً بدمته، ذلك لأن بقية الثمن بأزاء المثل شرط ضمنى لجريان العرف على التسليم ، ولأن إطلاق العقد يقتضي ذلك على وجه يكون الانصراف اليه كقرينة نوعية على أخذه في متن العقد ويكون ذلك التعارف مغنياً عن إدعائه في صريح الانشاء العقدي ، فلا يجوز التأخر عن دفع الثمن الى البائع بل لابد من تسليمه نقداً ، وفيما نحن فيه كذلك فقد جرى العرف في أيامنا هذه على أن من كان قد استأجر محلاً من آخر لا يخرج المالك إلا برضاه ولا يتخلف المالك عن عقد الايجار معه بعد انتهاء مدة الايجار مراعاة لاحقيقته في الايجار عرفاً ، وهذا المقدار من الحق العرفي يكون صالحاً للقل الى الغير بصلح ونحوه ، بل يكون نفس هذا الحق مالا من الاموال يقبل المعاوضة عليه ويكون من آثاره تحقيق الاستطاعة والانتقال الى الورثة كبقية الاموال التي تورث .

ولكن هذا الرأي غير صحيح .

باعتبار أن هذا المقدار من الحق من حقوق المستأجر بدرجة أن

المالك يكون ملزماً بإجافته على الاجارة لو أراد ذلك بعد انتهاء المدة . أمر يتوقف على الدليل ما دام لم يثبت عند العرف أن ذلك من قبيل الحقوق العائدة الى المستأجر ولابد للمالك عندها من الاجارة وعدم التخلف ، وأقصى ما في البين أنه قد جرت العادة العرفية على أن المالك لا يتصدى لإخراج مستأجره بل يدعه وطبعه مراعاة لاسبقينه طالما لم يعمل بشروط العقد واسكن عدم تصديه لإخراجه لا يكون موجباً لأن يكون عدم إخراجه من الشروط الضمنية التي يجب الوفاء بها من قبل المالك .

ومن البعيد جداً أن يكون المؤجر حين عقد الاجارة يقصد انشاء هذا الحق للمستأجر . وعلى فرض أن العرف يرى أن ذلك حقاً فانما هو من الحقوق والاحكام الثانوية النابعة لحصول اجارة بحيث تتحقق بعد حصولها في الخارج فتكون في مرتبة متأخرة عن العقد ونشائه . وهذا لا يتم للنقض الذي يرد عليه فاننا لو أردنا أن نأخذ مثل هذا الثاني العرفي بنظر الاعتبار كشرط من الشروط الضمنية كما هو الحال في موضوع تسليم نقد البلد في المعاملة الواقعة بين الطرفين ، أو تسليم وانسلم فلا بد من أن نعتبر خدمة الزوجة في بيت زوجها من جملة الشروط الضمنية لبناء العرفي على أن المرأة تخدم في بيت زوجها كربة بيت فلا يجوز . حيثئذ - التحلف عن ذلك ولا أخذ الأجرة عليه لو أرادت ذلك في حين أن الزوجة حرة في خدمة بيتها والشارع المقدس لم يوجب عليها ذلك إنما ذلك فضل منها في ترتيب بيتها . ولو فتحنا باب النقض لجأنا بكثير من الأمثلة اليه .

هذا لو خرجنا الشرط المذكور على نحو شرط النتيجة بحيث يكون للمستأجر البقاء في المحل بالأجرة المقررة من دون أن يؤجره المالك من جديد وهكذا الحال لو قلنا : بان الاستفادة من هذا الشرط الضمني هو أن المالك يؤجر المحل

على المستأجر لو أراد أن يستأجره منه ويخرج الشرط على نحو شرط السبب فهذا المقدار أيضا ليس بكاف لتصحيح المعاملة . لا ما نقول :

إن هذا لو كان فانه لا يتعدى أن يكون شرطاً من الشروط والمستأجر قابلية إسقاطه بأن لا يستأجر المحل منه في السنة الثانية ، أما نقله الى الغير كحق من الحقوق سواء كان مجازاً ، أو نعوذ . من صلح ونحوه فهذا بما لا دليل عليه ، ولو فرضنا ان المستأجر القديم اشترط سحوا الشرط الصريح على المالك بأن له الحق في تجديد عقد الايجار معه عند حلول الموعد وانتهاء مدة الايجار فان هذا الشرط يلزم على المالك اجابته في هذه الجهة ، أما ان المستأجر يتنازل عن المحل الى غيره بأن يأخذ في قبال تنازله مبلغاً من المال فهذا بما لم يكن مستغداً من ذلك الشرط الصريح فكيف به لو كان ضمياً وعلى فرض تسليمه . إذا فلا مجال لتصحيح أخذ المال وإعطائه إلا أن ينزل الأخذ المذكور على الهبة سحوي يشترط الوهاب - والذي هو المستأجر الجديد - على المستأجر القديم أن لا يزاحمه في استيجار المحل في المستقبل وهذا أمر سائع لا بأس فيه فان للانسان أن يهب لآخر مقدراً من المال ويشترط عليه أن لا يزاحمه في شراء الدار الفلاية ، أو الحاجة الفلاية وما شاكل . أو يجعل ذلك من قبيل الهبة المعوضة والعوض هو مجرد عدم المزاحمة والتخلي عن الاقدام على استيجار المحل .

وهذا المضمون وردت الرواية عن الامام الصادق عليه السلام :

حيث دلت على صحة أخذ المال عوضاً عن انتقال الشخص عن المنزل فيسأله الراوى عن الرجل يرشو الرشوة على أن يتحول عن منزله فيسكنه قال - عليه السلام - لا بأس به (١) .

وربما نزلنا ذلك على الجمالة بأن يدفع المستأجر الجديد مقدراً من المال كجمالة الى المستأجر القديم على أن لا يزاحمه في هذا الاستيجار . ويكفي في الجمالة أن لا يعمل شيئاً ولا يشترط أن يكون بارئها عمل من الأعمال بل نفس عدم الاقدام على الإيجار هو أمر معتبر عندهم ويدفع بأزائه الجمل .

وهناك طريق ثالث لتصحيح أخذ المال وهو تخريج هذه الاتفاقية بين المستأجرين الجديد والقديم على الصلح بأن يتصلح الطرفان على أن يدفع المستأجر الجديد الى المستأجر القديم مبلغاً من المال بشرط عدم مزاحمة هذا الطرف للمستأجر الجديد في استيجار المحل

### موقف المالك من السرقلية :

هذا كله من ناحية المستأجرين الجديد والقديم ، وكيفية دفع الأول المال الى الثاني ، وصلاحيّة أخذ الثاني منه . أما حال المالك في وسط هذه المعاملة التي عقدت بغير إذنه فهو له المنع منها ، أو لا بد من الرضوخ والقبول ؟

أما ما تقدم من الرواية الواردة : فيمن يرشو المال ليتحول عن المنزل والتي تصرح بنفي الناصر ، فإياها لا تدل إلا على نفي الناصر بإعطاء المال بإزاء أن يتحول الآخر عن الدار ، وأما نفوذ ذلك الاتفاق على المالك فلا دلالة للاحجار عليه .

### والخلاصة :

أن قبض المال على سبيل (السرقلية) وإن كان صحيحاً للمستأجر القديم

إلا أن هذه المعاملة لا تنفذ على المالك بل للمالك تمام الحق في التصرف بأمواله إن شاء أجاز الأجرة الجديدة وإن شاء منع، فإن الناس مسلطون على أموالهم والمفروض عدم ما يحد من هذه السلطة .

أما الوجوه المذكورة فإنما هي لتصح لنا أخذ المال من المستأجر الجديد إلى القديم وعدم المانع منه فقط ، أما المالك فهو حر .

### النوع الثاني من السرقفلية :

ومن أقسام السرقفلية ما شاع أخيراً في أيامنا الحاضرة من أن المالك هو الذى يستلم هذه السرقفلية من المستأجر بعد أن تنبه كثير من الملاك إلى أن موضوع السرقفلية أمر عرفى شائع في الأسواق ، فبدلاً من أن يتمتع بهذا المال غيره فهو أحق به - فنلأ - يأخذ المالك مائتي دينار كسرقفلية ، وخمسين دينار كإيجار سوى ، والفرق بين هذا النوع والنوع الأول واضح . ذلك لأن المالك في النوع الأول بعيد عن المعاملة الجديدة بين المستأجر الجديد والقديم أما في هذا النوع فهو قد قبض مبلغاً من المال حين إيجاره للمحل من أول الأمر . فإهو الحكم في هذا المبلغ المأخوذ من المستأجر الأول ؟

وهل للمالك المنع من إيجار المحل لمستأجر جديد من قبل المستأجر القديم الذى قبض منه السرقفلية أو ليس له ذلك ؟

### المستأجر والسرقفلية :

ويختلف حال المستأجر - فرة - يؤجر المحل على غيره مع أخذ زيادة على ما دفعه إلى المالك - وثانية - يأخذ نفس المبلغ المدفوع وهو في مفروض المثال مائتا دينار .

أما لو أخذ زيادة على ما دفعه كأن يأخذ المستأجر القديم ثلاثمائة دينار من المستأجر الجديد فتجرى في المائة دينار الاضافة جميع الوجوه المتقدمة في القسم الأول من السرقيلية من الهبة، أو الجمالة، أو الصلح. فراجع ص ١٢٢. وأما نفس المبلغ المدفوع لو أخذه من المستأجر الجديد فلا طريق لنا لتصحيح هذا الأخذ إلا على الحولة، لأن للمستأجر القديم هذا المبلغ في ذمة المالك وهو مائتا دينار وحيث يأخذ المستأجر القديم المبلغ من المستأجر الجديد فهو يحوله المبلغ على المالك، وهكذا يفعل كل مستأجر سابق مع المستأجر اللاحق وفي الحقيقة أن لكل مستأجر يشغل المحل مبلغاً قدره مائتا دينار بذمة المالك فهو حين حروجه من المحل يخبر بين الوجوع فيسهل إلى المالك ليتسلمه منه، أو لينسله من المستأجر الجديد ويحوله على المالك لأخذ ماله بذمته.

كل هذا ولذا لك كما من الحرية في ملكه لو شاء أجاز الاجارة وبقي المبلغ ذمته للمستأجر الجديد وإلا دفع المبلغ وأخرج المستأجر الجديد لأن الناس مسيطرون على أموالهم.

وقد يقال : بأن مالك المحل لا يمكنه من الوقوف في طريق هذه المعاملة الجديدة بين المستأجرين القديم والقديم وذلك لأن أخذه للمال من المستأجر الأول هو في الحقيقة تخويل له بالايجار لمن يريد عند تركه للمحل ويكون هذا شرطاً صمئياً في أثناء العقد ولا وجه لمنع المالك بتقريب. أن الناس مسيطرون على أموالهم، لأن السلطة في معروض هذا العقد محدودة طبقاً للشرط الصمئ الذي قبل به وسجله على نفسه في ضمن عقد الايجار

والجواب عن هذا الاعتراض - بأننا سبق وأن أعطينا باب هذا النوع من الشروط الضمنية كما عرفت تفصيله في بيان القسم الأول من السرقيلية

لأن المالك قد أخذ المال من المستأجر فرضة بذمته وإزاء هذه القرينة معه حق الاستيفاء والجلوس في المحل ، حيث يتنافى عليه المستأجرون ، وأما بعد ذلك فيكون للمستأجر الحق بإيجار المحل لمن يشاء فهذا غير مستفاد من العقد بحيث يسجل المالك على نفسه أن لا يخرج من يؤجر عليه المحل بعد تركه للمحل . نعم لو كان العرف في بلدة يروى ذلك بحيث يكون قبض المالك للسرقلية في الحقيقة أدماً منه للمستأجر بأعطائه الحرية في الإيجار لمن يريد كأن يكون هذا المعنى شرطاً ضمياً في نظرهم فإن المؤمنين عند شروطهم ولا بد من الامضاء .

وهناك طريقة تصحح هذا النوع من السرقلية بحيث يكون المالك ملزماً بامضاء الاجارة الجديدة من المستأجر القديم لو أراد ترك المحل تلك الطريقة تنحصر في الالتفات بآراء الشرط في ضمن العقد كأن يصرح به وإن كان التصريح به يكون على محوين : في أحدهما يكون باطلاً ، وفي الآخر يكون صحيحاً . أما صورة البطلان فهي :

فبما لو أخذ منحه هذا الحق من صلاحيات الإيجار للغير شرطاً للقرض والذي هو شرط في نفس العقد ، لأن المالك حين إيجاره للمحل إلى المستأجر الأول اشترط عليه بإقراضه المبلغ المذكور وهو مائة دينار ، وهنا لو التفت المستأجر وأخذ شرط منحه صلاحية الإيجار لمن يريد في ضمن عقد القرض كان هذا الشرط باطلاً كأن يقول المالك للمستأجر : أجرتك المحل بخمسين ديناراً سنوياً واشترط عليك لإقراضى مائة دينار مادمت جالساً في المحل . فيقبل المستأجر الاجارة المذكورة بقوله : قلت . ووفاء بالشرط المذكور يقرضه المبلغ ويشترط عليه في ضمن عقد القرض الجديد بأن له كامل الحرية في إيجار المحل لمن يشاء فلو قبل المالك هذا الشرط لكان باطلاً



لأنه شرط يحرم تفعلاً للقرض وهو ملحق بالربا كما تقدم بيان بطلان مثل هذا  
وأما صورة الصحة فهي كما لو أوقع المسأجرون الإيجار على النحو التالي :  
كأن يقول المالك للمستأجر - أجرتك المحل بمحسين دينار سنوياً  
وشرطت عليك أن تقرضني مائة دينار وفي الوقت نفسه فقد شرطت على  
نفسى بأن لا أمتنعك من إيجار المحل لمن تشاء عند انتهاء مدتك أو قبلها - فيكون  
هذا الشرط الذى يعود نفعه الى المستأجر شرطاً فى عقد الاجارة لا فى عقد  
القرض وإنما أخذ هذا الشرط وفسر القرض شرطاً فى عقد الاجارة فلا  
مانع منه من هذه الجهة .

ولكن هذا كما عرفت مخرج على التصريح بهذا الشرط ، أما لو لم  
يصرح به وبقى الموضوع موكولاً الى كونه من شروط التباى - كما لا يبعد  
كون السرقفلية في هذه الأيام المخرجة على هذا القسم الثانى من هذا النوع من  
الشروط حيث لم يصرح بمنح صلاحية إيجار المحل للمستأجر بل بوكّل الى  
التباى - فقد تقدم الاشكال فيه ، وإن المالك يبقى مسلطاً على ماله وله الحق  
فى فسخ الاجارة الجديدة ودفع ما بذمته الى من أخذت منه السرقفلية .



# تصفية الوقف الذري

عرض وحديث ، التصفية والمداهب  
الطحة ، المدار في تصفية الوقف ، استملاك  
الدور والبساتين ، نهاية المطاف .



### عرض وحديث :

من المؤسف له أن يكون الوقف مثار جدل ونقاش في الآونة الأخيرة  
فيتصدى الكثير من لم يفهم أمر الدين الاسلامي الخفيف للبطالة بالعناء  
وتحويل السلطة بتصفية ما هو موجود منه ، وقائم بين الناس ، متذرعين بحجج  
واهية لا أساس لها ولا اعتبار .

ومن ذلك ما يصرحون به من أن الوقف أصبح منشأ لوجود الخصومات  
بين الأسر والجماعات أو أنه إسقاط للعين الموقوفة عن معرض الازدهار  
والترقي إذ لا تكون قابلة للانتقال من ملك شخص لآخر ، ومن ثم اجراء  
ما يقتضيه هذا من ادخال التعديلات على العين الموقوفة . وما الى ذلك  
من الأعداد عاقلين عن جهة دقيقة ، هي أن ما يدعونه يعود بالنتيجة الى سوء  
نصرف المتولين ، والاهمال منهم بشؤون الوقف ، وكان الأحرى بهؤلاء أن  
يطالبوا بتشديد العقوبات والضرب على أيدي العابثين بالوقف ليكون ذلك  
أجدر بهم كمسلمين ينظرون الى الشريعة المقدسة نظر اعتبار وقهم ، فان ديننا  
الاسلامي الخفيف لم يكن وليد تفكير سطحي عادي بعث رسوله ﷺ  
الى جماعة من البشر يوم لم يكن للحصارة ما لها اليوم من الترقى والازدهار  
بل إنها رسالة السماء الى الأرض بعدما شاءت الحكمة الالهية أن تكون هذه  
الرسالة حاضرة الرسالات الالهية وآخر قانون يبقى لينحدى الزمن فينشر لهم  
كل يوم من الأمرار ما عجزت عن فهمه القرون السالفة فلا غرو إن كانت

الرسالة الإسلامية المحمدية تكتمل للنشر حياة هائلة وسعادة أفضل الى اليوم  
الذى يختار الله عز وجل للبشرية النهاية المحتومة .

وما سافنا لهذا الكلام إلا أن نبين طؤلاء الدين طالبوا بالعلماء الوقف  
الذى بان سوء التصرف لدى يصدر من القائمين بشؤون الوقف لا يكون  
مبدأ لتصفية الوقف وتشويه حقيقته ولا إحقاء ما قصده المشرع الأعظم  
من وراء تشريعه من المنافع التى تعود الى الصنف الشرى

لخلال عهد (ص) حلال الى يوم القيامة ، كما وأن حرام عهد (ص) حرام  
الى يوم القيامة .

أما الآن وقد انصاعت بعض الحكومات الإسلامية الى من  
القوانين الخاصة ، التى تحول تصفية الأوقاف الدرية ، فقد تفضل شيخنا  
الاستاد - دام ظله - برأيه فى هذه التصفية ، وكيفية ملائمتها مع المذاهب  
الإسلامية الخمسة ، وما يتعلق بذلك من المباحث التى لها تمام الصلة بالموضوع .  
ولسنا - ونحن فى هذه العجالة - فى صدد بيان تعريف الوقف ودكر ما يتعلق  
به من الأحكام - خشية أن يجرنا الكلام الى التطويل .

إنما نحن فى صدد بيان لمحة عن تصفية الأوقاف الدرية ، ومحاولة تلخيص  
وجه شرعى يصح لنا هذه التصفية - لو كان لنا من الأدلة ما يساعد على  
ذلك - ولهذا يقع البحث فى جبهتين :

الأولى - فى أن هذه التصفية المذكورة هل تلتئم مع المذاهب الإسلامية  
الخمسى أولا ؟

الثانية - فى أن المدار فى الجوار على مذهب الوارث أو الواقف .

## التصفية والمذاهب الخمسة :

ولابد لنا من ملاحظة جهة لزوم الوقف عند امداء الاسلاميه ،  
ومنى يكون لازماً بحيث لا يتمكن الواقف أو الوارث الرجوع فيه .  
أما الجعفرية - فقد ذهبوا الى أن لزوم الوقف يتوقف على حصول  
الانقضاء فلو لم يحصل ذلك الانقضاء جاز للوقف أو الوارث الرجوع فيه .  
ولا يكتفى فيه بمجرد صدور اللفظ من الواقف ما لم يحقق لقبص .

وأما بقية المذاهب من :

الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية

فصادرهم العقبية نحدثنا ما .

والوقف قرية جائزة ، لاتفاق ، وهن يلزم أم لا ؟ قال : مالك و الشافعي  
وأحمد يلزم باللفظ ، وإن لم يحكم به حاكم وإن لم يخرج مخرج الوصية بعد  
موته وهو قول أبي يوسف فيصح عده ويؤول ملك الواقف عنه وإن لم  
يخرجه الواقف عن يده . وقال محمد بن سعيد : أخرجه عن يده بان يحمل للوقف  
ولياً ويلزمه اليه . وهى رواية عن مالك . وقال أبو حنيفة الوقف عطية صحيحة  
ولكنه غير لازم ولا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم أو  
يملكه بموته فيقول : إذا مات فقد وفقت دارى على كذا ، ( ١ ) .

إذا لزوم الوقف على رأى كل من الشافعي والمالكي والحنبلي يكون  
بصدور اللفظ . أما أبو حنيفة فالبقاء المذكورة لا تعطيان رأيه واضحاً  
في بادى الأمر فمن قوله ( وقال أبو حنيفة لوقف عطية صحيحة ولكن غير  
لازم ، فهمنا أنه - كنية غير الرحم - يجوز له الرجوع فيها مع نقاتها فيكون

( ١ ) رحمه الأئمة في اختلاف الأئمة : ص ١٨٥ والميراث للشافعي ص ٢٠٦

لزومه متوقفاً على حكم الحاكم أو حصول ما علق عليه من الموت مثلاً .  
 ومن قوله ( ولا يزول ملك الوقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم )  
 نفهم أن الوقف - كالصرف - حيث يتوقف أصل التملك فيه على حصول  
 القبض والذي يفهم من رأى أبي حنيفة أنه إما أن يقول بطلان الوقف ما لم  
 يحكم به الحاكم أو بصحته وعدم لزومه ما لم يحكم به الحاكم (١)  
 وعلى أى حال فلزوم توقف عند أبي حنيفة يتوقف على حكم الحاكم .  
 وقد نقل ذلك عن أبي حنيفة كل من الشيخ الطوسي والعلامة الحلي رحمهما الله  
 قال الشيخ في الخلاف : « وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم بالوقف لزم وإن لم  
 يحكم لم يلزم وكان الوقف بالخيار إن شاء مانعه وإن شاء هبه » (٢) .  
 وقال العلامة في التذكرة : « وقال أبو حنيفة الوقف لا يلزم بمجرد  
 والوقف لرجوع فيه وإذا مات رجع فيه ورثته إلا أن يرضوا به بعدموته  
 فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم » (٣)

وإذا اتضح رأى المذاهب الإسلامية في لزوم الوقف نقول :  
 إذا كانت عملية الوقف من حصول الصيغة والقبض وحكم الحاكم بذلك  
 في هذا الحال لا يجوز تصفية ذلك الوقف طبقاً لجميع المذاهب الإسلامية  
 ولا وجه - بعد هذا - للتصفيه المذكورة بمجرد طلب بعض الموقوف عليهم لها  
 وأما لو لم تكمل عملية الوقف كإلحاق وقف شخص داراً أو بيتاً وحصل  
 القبض ولكن لم يحكم به حاكم فهذا يرى الآراء مختلفة ، فلا يجوز التصفية على  
 مذهب الجمهور ، والثنايفية والمالكية والحابلة ، لعدم توقف اللزوم عند

(١) راجع كتاب شرح أحكام صفة الأحماس : ٢٣١ ٢٣٢ عدد ذكر هذين الوجهين

(٢) الخلاف ج ٢ ط إيران مبسطة الوقف .

(٣) التذكرة كتاب وقف مسألة الأولى من مقدمه



هؤلاء على حكم الحاكم أما الحنفية فحيث اشترطوا في لرومه أن يحكم الحاكم بذلك والمعرض عدم حصوله فتجاوز والحالة هذه تصفية الوقف على مذهبيهم من غير فرق على الطاهر بين الوقفين الدرّي والخيري .

ومن هذا يظهر لنا ، أن فكره تصفية الوقف إعتمدت على المذهب الحق فقط شرط أن لم يكن الوقف قد حكم به حكم أو لم يكن طريق الوصية . أما الأماضية فقد توقفوا فادعوا أن الوقف مدسوح بما روى عن النبي - صلى الله عليه وآله - بعد رول آيات المواريث في سورة النساء حيث قال : ( لا حبر عن ميراث الله ) أي لا مع عن المواريث لتي فرضها الله تعالى (١) والجواب عن هذه الدعوى من وجوه :

الأول - أنه لو صح هذا الحديث ، فهو إما يدل على نفي حبر حرمان بعض ذوى الفروض كالبنات ، وحيث فكون اللازم حمله على الكراهة .  
والأولى ، هو الآخر بظاهره من الحبر . ومن الواضح أن الحبر لا يتضمن الخروج عن الملك ليكون من قبيل الوقف ، بل للحبر أحكامه الخاصة . ومن تلك الأحكام أنه لو كان مطلقاً يخصص بموت الحاسر ويعود ميراثاً عيياً ومنفعة قال المحقق الحلّي (أما لو حبر شيئاً على رجل معين ولم يعين وقتاً ثم مات الحاسر كان ميراثاً وكذا لو عين مدة واقضت كان ميراثاً لورثة الحاسر) (١) ولا مجال لنا في هذه النسخة العارة من بيان أحكام الحبر تفصيلاً .

#### الجواب الثاني :

أنه لا عبرة بقول الأماضية في قبول بقية المسلمين . مصافاً إلى أن المؤلف

(١) شرح أحكام تصفية ، لأحس س ٢٣ .

(٢) الشريعة آخر كتاب السكن .



والجواب عنه :

أن هذا المقدار من النهى لا يصح بما يحى فيه من الوقف لما يدها من  
أن الحبس شيء والوقف شيء آخر ولكل أحكامه الخاصة ولم يعلم إرادة  
الوقف من نهى رسول الله (ص) بمجرد نهيه عن الحبس .

وأما ما جاء فى نفس لكتابات المذكور (١) من شريح القاضى من إبطال  
الوقف - فيقول شيخنا دام ظله فى رده - أنه لا عبرة بشريح ولا يتواءم فى  
قبال المذاهب الحسنة وبقية فقهاء الأمة الإسلامية .

وقد تعرض المؤلف أيضاً تأييداً لما يتبعه من سد باب الوقف الى  
الفتوى الصادرة من مفتى الاسكندرية الشيخ محمد بن محمود الجزائرى المصدرة  
الى محمد على باشا وقد قال فى آخرها (٢) .

وقد ذكر جمع من أرباب المعنرات ومنهم صاحب الدر المختار أن أمر  
الأمير متى صادف فعلاً مجتهداً فيه نفذ أمره أى وجب امتثاله والامتناع  
عن مخالفته وإذا عرف هذا فإذا ورد أمر من الأمير بمنع العامة من إيقاف  
أعلاهم أو تحييدها فيما يستقبلها من الزمان سداً للزريعة أعراضهم الفاسدة  
جاز ذلك لانه مما تقتضيه سياسة الشرعية ، ويحجب عن هذه الفتوى .

ما نفوذ أمر الأمير اذا طابق فتوى بعض المجتهدين - لو سلم أنه من باب  
إطاعة أولى الأمر - فاما هو لو كان ذلك المجتهد جائز التقليد دون من لم يكن له  
هذه الأهلية ، على أن نقل الفتوى المذكورة لا علاقة لها بما نحن فيه فحين يصدد  
البحث عن جوار تصفية ماصار وقفاً وإبطال ما لزم منه أو عدم جوار ذلك  
والفتوى المذكورة بما تمنع الوقف والحبس مجدداً ، ولهذا يبحثه الخاص به ولا  
علاقة لذلك بما نحن فيه

(١) راجع كتاب شرح أحكام تصفية الاحسان ص ١٥-٢٣ .

(٢) لاحظ ص ٢٣ - ٢٤ من المصدر نفسه .

## والخلاصة :

هي أن الإقدام على التصفية متوقف على متاعه المذهب الحنفى فيما لم يحكم الحاكم بذلك لوقف وما لم يكن بطريق الوصية. وفي الحقيقة أن الوقف الذى لم يحكم به الحاكم إنما ساعدت تصفيته على رأى أى حنيفة لانه لم يستجمع شرائط لرومه ومها الحكم وإلا فلو حكم الحاكم به كان لارماً ولا يجوز تصفيته على جميع المذاهب .

## المدار في جواز تصفية الوقف

وهل أنه على مذهب الواقف أو الوارث أو المشترى ؟  
الظاهر أن المدار في الجوار على مذهب الوارث والمشتري لا لواقف .  
فلو كان الواقف غير حنفى لم يكن لوارث كان حنفياً جار للوارث طلب تصفية الوقف مع عدم حكم الحاكم بالوقف .

ول يمكن أن يقال أن الوارث لو كان غير حنفى فانه يجوز له أن يطلب تصفية الوقف لو كان مقلداً لأحد المذاهب الثلاثة الشافعى أو المالكي أو الحنبلى بان يقلد أما حنيفة في خصوص هذه المسألة كما نصوا على ذلك لان الظاهر منهم انهم لا يعتبرون الاعلية في التقليد أو أن المذاهب الاربعة عدلهم سواء في الفصيلة (١) وحيث لو كان غير حنفى وقد أحد المذاهب الثلاثة جار له

(١) راجع في خصوص هذا البحث كتاب ( دليل المصنف الشرعى لمؤلفه العلامة الحليل السيد محمد صادق بحر العلوم ج ٢ ص ٦٥٢-٦٩٠ فقد نقل ، راي المذاهب في هذه المسألة بما يقتضى امتنع عن الالتجاء الى حقة الكتب .

طلب التصفية تقليداً لآى حيفة فى خصوص هذه المسألة - كما تقدم -  
وهكذا الحال فى المشتري فانه وان لم يكن حقيقياً بل كان من أحد المذاهب  
الثلاثة فانه يجوز له الاقدام على شراء مقلداً أباً حيفة فى خصوص هذه  
المسألة كما ذهبوا اليه - كل ذلك فيما لو كان الوارث أو المشتري غير جعفرى  
بل من أحد المذاهب الثلاثة لانهم أجازوا تقليد الحنفى فى خصوص هذه المسألة  
أما لو كان جعفرياً فلا يسوع له ذلك ولا مورد لقاعدة الالزام بان يقوم  
الجعفرى على أخذ ما ورثه أو شراء ذلك الوقف إعتياداً منه على ( قاعدة  
الزامهم بما ألزموا به أنفسهم ) كما هو الحال فى تكاح المطلقة على مذهبهم فان  
ذلك ليس إلا دالة الخاصة على نعوذ بطلاقهم الموافق لمذهبهم لقوله ( ع )  
( لزمته إذا كان معتقداً للثلاث ) .

وتوصيح عدم كون ذلك من باب قاعدة الالزام هو أن المستفاد من  
قاعدة الالزام أنه لو كان مذهب العامى يقتضى ثبوت حق عليه للجعفرى ومذهب  
الجعفرى لا يقتضى ثبوت ذلك الحق ، فقاعدة الالزام تقول إن للجعفرى  
الراية بما لزم به نفسه وأخذ منه لحق الذى يمتقده هو وان كان الجعفرى  
لا يمتقده كما فى مسألة العصبة بالنسبة الى العم وبنت أخيه لو كان العم جعفرياً  
وبنت أخيه من العامة فان العامة يرون أن للعم حق ائث العصبة والعم وان  
كان لا يمتقده ذلك إلا أنه طبقاً لقاعدة لالزام يجوز له أحد الحق منها وأما  
إذا كان العامى معتقداً لجوار البيع للعين الموقوفة مثلاً فلا يجوز للجعفرى  
الاقدام عليه من ناحية الشراء تمسكاً منه بهذه القاعدة إذ لا معنى للالزام  
فى هذه الموارد .

ولذلك لا يجوز لنا أن نشترى البيذ من الحنفى ولا الحيوان المدبوح  
الذى لم يذكر اسم الله عليه من لشافعى

نعم لو أقدم الجعمرى واشترى ولم يكن عالماً بالوقفية ثم بعد ذلك ادعاهما البائع لم تسمع دعواه .

ولو ننت بالقطع أو بالطرق الشرعية أشكل الأمر على المشتري وإن لم يكن للبائع حق الدعوى لأنها مافيسة لمذهبه فلا يلتفت إليها ولكن يبقى الاشكال على المشتري وكيف يصح له تملك الوقف إذا كان من الاوقاف العامة وكذا إذا كان من الاوقاف الخاصة على الذرية لما عرفت من أن حلية البيع عند البائع العام لا توجب حلية الشراء للجعمرى ولا مورد فيه لمساعدة الالتزام - كما عرفت - لأن مفادها كما يدعى أخذ الحق منه على مذهبه لا جواز الشراء على مذهبه .

#### استملاك الدور والساتين :

ور بما نعمل البعض أن استملاك الحكومة للدور والساتين الموقوفة بالوقف العام أو الخاص وتوزيعها عرصات على الاهلين بعد دفع شئ - من المال الى اصحابها من هذا لقبيل إذ أن هذا الأخذ من قبل الدولة للاعيان الموقوفة خاصة كانت أو عامة - يكون حاله كحال الاراضى التى تكون مملوكة لاهلها بالملك لصرف وتأخذها الحكومة لتمتع بها الشوارع وما شاكل ذلك (١) وهو إشكال آخر غير إشكال تصفية الوقف إذ لو صححت التصفية المذكورة بوجه من الوجوه لم يصح شراء أمثال هذه الدور والساتين إلا بإرضاء اصحاب تلك الاراضى أو الموقوف عليهم واشكل من الجميع ما لو كان المستملك من الاراضى الموقوفة على الجهات أو كانت وفقاً عاماً .

(١) تعرض شيخنا الأستاذ دام ظله الى موضوع الشوارع المفتوحة من قبل

الدولة في بحث موجود في ضمن هذه البحوث

نهاية المطاف :

إن الطريق المصحح لتصفية الوقف عند غير الامامية بطبيعة الحال ليس إلا فتوى ( أى خيفة ) فى خصوص ما لم يصدر به حكم الحاكم وفى غير الوصية بالوقف ، أما لو كان قد صدر به حكم الحاكم وقد تصرف به الورثة بوجه يصدق عليه القبض والاقباض فلا يجوز تصفية ذلك الوقف على جميع المذاهب الاسلامية الخمسة وأه بدعة ممنوعة عندنا بل عند جميع المذاهب - كما عرفت - وما جوروه من موارد بيع الوقف لا دخل له بتشريع القانون المنحول لتصفية الوقف وحله فانه تشريع صرف ولم يقل به أحد حتى القائلين بالقياس والاستحسان فان فتح باب القياس والاستحسان إنما يقول به صاحبه فيما لم يكن حكمه الشرعى معلوماً من الشارع المقدس لا ما كان حكمه معلوماً وثباتاً عند الجميع .





# البيع القمري وأزالة الشبوع

موضوع البحث ، كلمات لأعلام ،  
موارد البيع الاحصائي ، الاستدلال قاعدة  
بقي المبرر والصرار •



### موضوع البحث

والعرض من بحثنا هذا هو ملاحظة الأدلة لفتح باب البيع القهرى فى كثير من الموارد ومنها ( موضوع البحث ) فيما لو وقع النزاع والتخاصم بين الشركاء فى شىء تمتنع قسمته ( بكوهره ) مثلا وقد حلقها مالكها جماعة يكثرون عددهم فتحاصموا الى الحاكم الشرعى وكل يريد حقه ، أو دار ورثتها جماعة من مورثهم ولا يمكن قسمتها بينهم والاستفادة لكل حصة منها ، فهل تمكن والحالة هذه من فتح باب البيع القهرى وجعل هذه السلطة بيد الحاكم الشرعى فينصدي لبيع ما وقع النزاع فيه وتقسيم ثمنه عليهم إن لم يكن هناك طريق آخر يستفيدون بواسطته ، وهذا هو المسمى فى يومنا هذا ( إزالة الشيوع ) وقد افاد شيخنا الأستاذ - دام ظله - فى ذلك :

فإن فتح باب الاجبار على البيع للحاكم الشرعى أو تولية الحاكم لذلك عند عدم تمكن من الاجبار ليس فيه دليل بالخصوص يصرح بذلك بل لا بد من التماس هذا المعنى من الموارد الخاصة ، والروايات الواردة فى تلك الموارد حيث تستفيد منها كون الامام عليه السلام فى صدد بيان كبرى كلية لمثل هذه الموارد ، ولو بتطبيق حديث - فى الضرر والضرار - على الموارد الذى يريد أحد الأطراف إيصال الضرر الى غيره من غير وجه معتبر ، وإن كان ذلك العير شريكه .

كلمات الاعلام

ومن تلك الموارد ما صرح به الشيخ صاحب الجواهر - قدس سره - حيث قال : « لسكن قد يقال فيها اذا كانت قسمته بمنفعة اياه ينزعه الحاكم منها مع التعامر ويؤجره عليهما إن كانت له أجرة جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر ، كما صرح به في الدروس ، ولعل ذلك من السياسات ناهياً عن أن للحاكم ذلك ويحويه وحيث لا ينحصر الأمر في ذلك فله حيث يشاء أن يبيعه عليهم مع كونه مقتضاهما كما عن بعض العامة (١) من كون ذلك وجهاً أمام قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع وعدم امكان القسمة وانقضاء للمبايعة لاصالة عدم الوجوب وعدم

(١) قال بن رشد في التمركة في الحيوان والعروض ما يلي

« واحتلوا إدا نشأ الشريكان في العبيد الواحدة منها ولم يترصيا بالانفصال بها على الشاع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقد مالئ ولا يجوز على ذلك فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها حده ، وقال أهل الطاهر لا يجوز لأن الأصول تنص على أن لا يجوز - ملك أحد من يده - لا تدلين من كتب اوسمة أو اجماع ، وحجة مالك أن في ترك الاحبار صبراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير موضع انه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار الا مالك ولكنه كاصروني في بعض الأشياء » بداية المصنف - جزء ٢ ص ٣٦٤

صححة البيع عليهم ، (١) أما ما ذكره في الدروس - حيث أشار إليه صاحب الجواهر - في كلامه الآنف الذكر فقد قال الشهيد - رحمه الله عند تعرضه لقسمة المهايأة ما يلي :

« والمهايأة بالزمان والمكان كسكنى أحدهما بيتاً والآخر أحر جائزة وليست لأرمة وإن استوفى أحدهما فيغرم الأجرة ولا يجبر الممتنع عليها وإن كانت القسمة ممتنعة بهم ينزعه الحاكم ويؤجره إن كان له أجرة » (٢)

ولم يتضح - رحمه الله - لحكم ما لم تذكر له أجرة كما في مثل الجوهرة التي لا يمكن تقسيمها .

وأما إشارة صاحب الجواهر إلى البعض في قوله المتقدم « فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع » فهذا البعض صاحب كتاب كشف اللثام فإنه شرح العبارة الآتية للعلامة في انقواعد « والفناء والحمام مما لا يقبل القسمة يجري فيها المهايآت » بقوله : « ولا يجب أن يباع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة ، وتنفاء المهايأة من يترك حتى يصطالح الشركاء لأصلي عدم الوجوب وعدم صححة لبيع عليهم وللعلامة وجه بالبيع عليهم وآخر بالاجارة وتوزيع الأجرة عليهم » (٣)

ومن عبارة الدروس السابقة نعرف أن القول بالاجارة لم يكن

(١) الجواهر - كتاب الشركة ص ٤٥٣

(٢) الدروس في أحر القسمة من كتاب القضاء .

(٣) كشف اللثام كتاب القسمة من توامع القضاء .

مختصاً بالعامّة بل الشهيد - عليه الرحمة - يقول به .  
 مضافاً الى أن القائل بالبيع أيضاً منا وهو القاضي ابن البراج ،  
 وسيأتي نقل كلامه

ولكننا مع كاشف اللثام في رأيه حيث ناقشه شيخنا دام ظله ،  
 فما معنى الترك حتى يصطلح الشركاء ؟ وهل يصح للحاكم الذي توافوا  
 اليه أن يتركهم وشأنهم الى أن يأتي الفرج فيصطلحوا ؟ وكيف يقع الصلح  
 بينهم ؟ ولو فرض تصالحهم بما هو معنى مراجعتهم للحاكم الشرعي حينئذ  
 كلها أسئلة واستفهامات دون جواب . أما العلامة الحلي - رحمه الله - فقد  
 قال ( ولو تضمنت القسمة إتلاف الدين وانفقاً عليها منعها الحاكم لما  
 فيه من إضاعة المال ) (١)

وقال قبيل العبارة السابقة في مورد آخر ما يلي ( وإن اشتملت  
 القسمة على ضرر كالجواهر والمعادن الصبغة والسيوف والسكين وشبهه  
 لم تجز قسمته ولو اتفق الشركاء عليها ) (٢) والذي يظهر من قوله في  
 التحرير ( منعها الحاكم ) أن المنع المذكور إنما هو من باب الحكومة  
 ورفع الخصومة وهو ما ينتفي في هذا البحث لا من باب الأمر بالمعروف  
 والنهي عن المنكر وإلا فلم يكن له اختصاص بالحاكم لو كان من باب  
 الأمر بالمعروف لو سلمنا كون إقدام الشخص على إتلاف ماله مسكراً  
 وإذا فلو كانت للحاكم الشرعي صلاحية مع الشركاء من القسمة كال  
 بيعه عليهم عند التخاصم كذلك من صلاحيته الممنوحة له بل لله أولى

(١) التحرير : فصل القسمة من القضاء ص ٢٠٢

(٢) القواعد . البحث عن القسمة من كتاب القضاء

لامكان كونه - كما هو غير بعيد - داحلا في موارد القضاء أو في موارد الصلح القهرى .

قال الفاضل المقداد - رحمه الله - في التنقيح ، ر - هل تدخل القسمة في كل شيء ، بما لا ضرر فيه قال الشيخ في المبسوط الزرع إن كان قصيلا تصح قسمته أما قبل أن يصير قصيلا أو بعد أن يشتد فلا يصلح ولم يفرق العلامة في الجواز بين الأحوال الثلاثة ، وقال القاضي ابن البراء : لا تصح قسمة البقل بل يباع ويقسم ثمنه أو يقسم بحروزا إما بالوزن أو غيره ، وهذا أحسن لأنه بعد من الفن ، .

قال شيخنا دام ظله ولعل المراد من قوله ( وهذا أحسن ) هو أن يحجز ويقسم ويبقى الاشكال في التزامهم بحجزه ولعله مثل الزامهم ببيعه . وفي مختلف العلامة الحلى - بعد نقل كلام الشيخ - قال : والوجه عندى الجواز في الجميع وتعديل الزرع ممكن بالنقويم وكذا إذا اشتدجه ، ثم نقل قول ابن البراء ثم قال ( وهو جيد ) وفي كتاب الجواهر عند شرحه لقول صاحب الشرائع ( نعم لو طلب قسمة الزرع خاصة ) أنه قال ( قال الشيخ لم يجزى الآخر لأن تعديل ذلك بالسهم غير ممكن ) وقد تعرض الى ما ذكره من ابن البراء فقال :

إذا كان اقصيل بين قوم وأرادوا قسمته لم يصح ذلك إلا ببيعه وقسمة ثمنه فيما بينهم ، أو بأن يقطع من الأرض ويقسمونه كما يقسمون العله مثله ، أو يكون مما يمكن قسمته مع نقائه زرعاً لصعوبة تعديله حينئذ لعدم معرفة قوة استمداده ، وبالحلقة يكون زراعاً في موضوع ( الى آخر ما ذكره هنا ) أما المرحوم الحاج على كسى فقد قال :

• وفي المفتاح ربما قيل كما في الدروس وغيرها بان الحاكم ينتزعه ويؤجره لها إن كان له أجرة وحيث جاء الجبر جاء الوجوب لما علم سابقاً من أنه من باب جبر الممتنع عما وجب عليه وأن ولايته للحاكم ويعدو للمعدول ، والمخلة الوجوب لعروض خارجية من توقف واجب أو الخلو من محرم عليهما لا يمكن إنكاره فيجىء الاجبار مع الامتناع ومن الأخير مهابة البعض - الى أن قال - :

• وقد علم عما فصل أن الحكم ان المهابة لا تلزم فلا تجب فلا يجبر عليها ولا على الاجارة إنما هو مع قطع النظر عن عروض الموارد الخارجية ولا فيجبر عليها لو وقع النزاع في بعض الصور ولتوقف واجب عليها في آخر - الى آخر ما يسه (١) ومن هذا العرض لكلمات الأعلام - رحمهم الله - تبين لنا أنهم لم يدعوا الحاكم الشرعى في يجب عن قصايا الناس ومشاكلهم وحل حصوماتهم ، فصاحب الجواهر - كما تبين لنا من كلماته السابقة - أنه يسوع تدخل الحكم الشرعى ويرى أنه من السياسات لحفظ ربط المجتمع وعدم احتلال الوحدة الاجتماعية ، ويؤيد ما ذهب اليه من تدخل الحاكم الشرعى لا يجاز ما كانت قسمته بمتعه ما ورد عن الشهيد في الدروس وقد عرفته ، أما الفاضل ابن الرائج فقد صرح بان للحاكم الشرعى بيع ذلك المتسارع عليه ، أما العلامة الحلي فقد مر عليك انه يحول الحاكم الشرعى هذه السلطة فيما لو اتفق الطرفان على اتلاف المال وحيث كانت للحاكم الشرعى سلطة حر الحصومات والايجار والمنع من تلف وغير ذلك ( فلا بد والحالة هذه ) من توسعة سلطاته الى



البيع القهرى فى لاشياء التى لا يمكن قسمتها، إذ لو لم نفسح للحاكم الشرعى هذا المجال للزم المرح والمزح من جانب الشركاء المرغوب عنه من جانب الشارع المقدس ولا أفضل من أن يكون تدخل الحاكم الشرعى وفرض سيطرته عليهم من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حال فى هذه الجهة كقبة الناس الذين يأمنون الضرر فى تدخلهم .

وفى الوقت نفسه يمكن تخريج هذه المسألة على اعتبار تدخل الحاكم الشرعى فيما بين الشركاء من صفريات شؤون القضاء وتوابعه ولوائمه فنكون له السلطة على بيع ما تارعوا عليه لأمم باب الولاية العامة للعقبة ويكون البيع المذكور من لوازم السلطة التى تمنح للقاضى الصدى لأمر المسلمين وشؤونهم ويكون دخول الحاكم الشرعى فيما بين الشركاء وأمره بالبايع عند امتناع بعضهم من البيع وفرض حصول المحذور الاجتماعى من باب أنه ولو الممتنع ، ولا يفرق الحال بين أن يكون الحاكم الشرعى هو المباشر أو وكيله ، أو أنه يأذن لطلاب البيع بأن يتوصل الى ذلك بواسطة الحكومة الزمنية .

ولا ندري لماذا يطون على الحاكم الشرعى تخويله هذه الصلاحية من فتح باب البيع القهرى أمامه مع أنهم فتحوا أمامه باب الصلح القهرى والذى يكون من موارده تصيف العين المرددة بين شخصين

## موارد البيع الاجبارى

وما يحس رافع يفتحون باب البيع الاجبارى للحاكم الشرعى فى موارد عديدة .

١ - فيما لو لم يتم المولى بنفقة المملوك كالعبد والامة والحيوان فقد صرحوا هناك باجبار المالك على البيع . قال المحقق الحلى فى البحث عن النفقات : تجب النفقة على ما يملكه الانسان من رقيق وبهيمة - الى قوله - ولو امتنع عن الاتفاق اجبر على بيعه أو الاتفاق .

وحيث يصل الى التمسك عن الحيوان لو لم يتم المالك نفقته يقول :

فان امتنع اجبر على بيعها أو ذبحها ، ( ١ )

وتمثل ذلك صرح الشهيد الثانى وغيره من الفقهاء . رحمهم الله - ( ٢ )

٢ - طلاق الزوجة لو لم يتم الزوج نفقتها فقد صرحوا باجبار الزوج على الطلاق أو الاتفاق ( ٣ )

٣ - مسألة اشتباه الثوبين .

قال المحقق الحلى فى كتاب الشرائع فى بحث الصلح ما يلى :

« ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهما والاخر ثوب بثلاثين ثم اشتبهما فان حير أحدهما صاحبه فقد أنصفه وان تعدلما بيما وقسم بينهما بينهما فاعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة والاخر ثلاثة » ( ٤ ) .

( ١ ) الشرائع . كتاب السكاح ص ٢٠٥

( ٢ ) اللعة الحرة . الثاني . كتاب السكاح البحث عن النفقات ص ١١٨

( ٣ ) راجع فى خصوص هذا المورد جميع المصادر الفقهية .

( ٤ ) الشرائع ص ١٣٠ .

وقد شرح صاحب الجواهر هذه العبارة بقوله .

قد افق المشهور فيها بذلك لجبر استحقاق عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال عليه السلام يباع الثومان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أحماس النمر والآخر خمسي الثمن قلت فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت قال قد أصفه المجبر بالشهرة مع إحتيال محبة سدّها . ( ١ )

أما العلامة الخلي فقد صرح بذلك في كتاب الصلح فقال ( ولو أشبهه لثومان يباع وقسم النمر على نسبة رأس مالهما ) ( ٢ )

بدأ فلم يقف الفقهاء مكتوفي الأيدي إزاء هذه القضية التي حصل فيها الاشتباه بين الشريكتين في مورد العناصر بينهما بل خولوا الحاكم الشرعي بالبيع وتقسيم المجموع المال إلى خمسة أحماس لأن نسبة رأس المال تقتضي ذلك إذ مجموع قيمة الثوبين تكون خمسين فتقسم إلى خمسة أحماس يأخذ صاحب الثلاثين ثلاثة منها وصاحب العشرين اثنين وليس المهم من ذلك كيفية التقسيم ، بل المهم هو أن المال لا يبقى بينهما مشاعاً بل لابد من بيعه بعد أن عسر تصادقهما على الخيار ويكون ذلك من صغريات مسائلنا وهي ( إزالة لشيوع ) ومثل هذا ما لو خلط ورة من الحنطة ردية قيمتها عشرون ورة أخرى لغيره جيدة قيمتها ثلاثون فقد حدثت الاشاعة في الدين ، فحين يبيع المجموع وتقسيم الثمن على نحو ما مر في الثوبين ، نقول أولاً : لو اتفق الشريكتان على قسمة الدين الخارجية لم تكن القسمة بينهما على نحو المناصفة بل على نحو يكون لصاحب

( ١ ) الجواهر كتاب الصلح من ٤٣ طبعة إيران سنة ١٣١٢

( ٢ ) التبصرة بمبحث الصلح من ٧٣

الردية خمساً وإصاحب الجيدة ثلاثة أخماس لأن الشركة في العين بعد هذا الخلط تكون بحسب المأية لا بحسب العين الخارجية ، وقد عرفت أن الروايات عنهم عليهم السلام هبت على أخذ نسبة لأخماس في هذا النوع من الخلط والاشتباه فكما أن إصاحب الردية خمسين من الثمن فكذلك له خمساً من الثمن وهو العين المختلطة ، هذا إذا كانت القسمة بمكة ، وأما لو لم يتفق الشريكان على القسمة في العين الخارجية فلا بد من بيع المجموع وتوزيع الثمن بينهما إجمالاً على ما مر في التوبين .

٤ - ما ذكروه في قضية مالواشترى شخص بعيراً وإشترك الآخر مع المشتري بالرأس والجلد وتفصيل هذه المسألة ما جاء في كتاب الشرائع والجواهر في أوائل بيع الحيوان كما يلي : (١) فلو باع واستثنى الرأس والجلد صح ويكون شريكاً مع المشتري في الحيوان بقدر قيمة ثبائه على رواية السكوني عن الصادق عليه السلام قال إختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان إشتري أحدهما بعيراً واستثنى البيع الرأس والجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه فقال عليه السلام للمشتري : هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد ، وما رواه الصدوق في المحكى عن العيون بسنده إلى الرضا عليه السلام عن آبائه عن الحسين بن علي عليه السلام أنه قال إختصم إلى علي عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بعيراً فاستثنى الرأس والجلد ثم بداله أن ينحره قال عليه السلام هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد ، بناء على أن المراد البداية له في أن لا ينحره بقرينة الخبر السابق ، ثم هـ أن صاحب الجواهر أطلال الكلام في هذه المسألة ونقل كلمات الأصحاب فيها ، ثم قال بعد ذلك : «وكذا لو اشتري اثنان أو

(١) الجواهر كتاب التجارة ص ٢٣٧ طبعة إير . سنة ١٣١٢

جماعة حيواناً وشرط أحدهما لنفسه الرأس والجلد كانت شريكاً ذنبه ماله لصحيح القوي عن الصادق عليه السلام في رجل شهد بغير أمره أيضاً وهو يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم واشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس والجلد فقضى أن البعير براء ، فبلغ ثمنه ثمانية دنانير قال فقال عليه السلام لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ ، فان قال : أريد الرأس والجلد فليس له ذلك ، هذا هو الضرر وقد أعطى حقه إذا أعطى الخمس ، ( ١ )  
ثم عطف صاحب الجواهر رحمه الله على ذلك بقوله :

( قلت لا ينبغي عدم الفرق في الحكم المزبور بين مورد الصحيح وغيره ) وقد نه شيخنا الأستاذ - دام ظله - على نقطة دقيقة هنا وهي أن فقهاءنا رحمهم الله وإن اختلفوا في شرح مفاد الخبر في المسألة الثانية في أن دفع الدرهمين هل هو من قبل شراء الرأس والجلد ؟  
أو أنه من قبل الاشتراك في ثمن البعير مع اشتراط كون حصة صاحب الدرهمين هي الرأس والجلد إلى غير تلك الوجوه التي نقلها عنهم صاحب الجواهر رحمه الله .

إلا أن ذلك لا يبرح كون إصرار صاحب الدرهمين على أخذ الرأس والجلد من قبل الإصرار الذي حكم الإمام عليه السلام بأنه مضار في ذلك فيكون ذلك موجباً لسقوط حقه المذكور وأنه لو أعطى الخمس من قيمة البعير يكون ذلك إعطاء لحقه وإن حوته قاعدة نفي الإصرار من عين الرأس والجلد إلى خمس قيمة البعير ، وحينئذ يكون ما تضمنته الخبر المذكور من الحكم الأنف الذكر بما يستأنس به لما نحن فيه من كون الركون إلى البيع وقسمة الثمن فيما نحن فيه دفعا للضرر المتوجه إلى من

طلب أحد حقه من المال المشترك غير القابل للقسمة ولا للمباينة وأن  
حديث نبي انصروا لضرر حاكم على حديث السلطنة القاضي بعدم نفوذ بيع  
حصص الشركاء بغير إذنه كما سيأتي الاستدلال بحديث نبي الضرر لما  
يحرر فيه .

### الاستدلال بقاعدة نبي الضرر والضرار

واخيراً أعدد شيخنا الأستاذ - دام ظله - أنه بالإمكان أن يستدل  
لما يحل فيه من حصول النعاسر وعدم إمكان انقصة والمباينة واللاجارة  
بقاعدة نبي انصروا والضرر حيث ورد في مؤتمنة زرارة عن الامام  
ابي جعفر عليه السلام . أن سمرة بن جندب كان له عذق في حائط (١)  
لرجل من الانصار وكان منزل الانصارى باب لبستان فكان سمرة يمر  
إلى محله ولا يستأذن فكلمه الانصارى أن يستأذن إذا جاء فأبى سمرة  
فجاء الانصارى إلى النبي (ص) فشكا اليه وحبره الخبر فمرس اليه رسول الله (ص)  
بقول الانصارى وما شكاه فقال إذا أردت لدخول فاستأذن فأبى فلبا  
ساومه حتى لمغ به من الثمن ما شاء الله فأبى أن يبيعه ، فقال لك بها عذق في  
الحنة فأبى أن يقبل ، فقال رسول (ص) للانصارى اذهب فافعلها  
وارم بها اليه فإنه لا ضرر ولا ضرار - وفي بعض الروايات ما أراك  
ياسمرة الامضاراً ، (٢) وطريق الاستدلال بهذه الرواية هو أن نبي  
الضرار ليس الا نبي الحكم مع تعمد من صاحبه والاصرار على إيصال

(١) العذق الحلة محمدية

(٢) الوسائل كتاب احياء الموات - باب ١٣

الضرر بواسطة ذلك الحكم إلى الطرف الآخر ولاجل ذلك عقب (ص)  
لا ضرر . بلا ضرار .

وحيث أن يكون الاصرار من طرف بعض الشركاء على عدم البيع  
من قبيل الاصرار على اضرار الغير - وعليه - فتكون سلطته على ذلك  
منتهية بالحديث المذكور في نفي الضرر والضرار . ( ١ )

(١) ذكر شيخنا دام طه حديث أبي الصرر والصرار واستدل به في البحث  
عن حقوق الروحانية وآثارها الوصفيه وتجد الحديث والاستدلال به مفصلا في  
موسمه من هذا الكتاب .





## حقوق الزوجية وأبوابها الوضعية

الرباط المقدس ، حقوق الزوج ، حقوق الزوجة ، الآثار المترتبة على نكاح الزوج ، الآثار المترتبة على نكاح الزوج ، حديث نبي الضرر والضرار الفرق بين الضرر والضرار ، الاستشهاد بسيرة السلف ، مدى إمكانيات الحاكم الشرعي ، لو كان الزوج مجهول المحل ، طرق التبليغ الحديثة .



## الرباط المقدس

الزواج : رباط مقدس جعله الله بين الزوجين لتنظيم به الحياة البشرية ، وهو في الوقت نفسه ميثاق وشركة بين طرفين ، ولكل شركة مقررات والقرارات تمرضها طبيعة ذلك التعهد الخارجي ، لذلك كان لازماً على كل طرف أن يتقيد بما تقتضيه أصول هذا الميثاق ، وتعليه عليه مقررات هذه الشركة الجديدة ، فإن تم والتزم كل طرف بما فرض عليه فعنى ذلك انهما سينعمان بحياة سعيدة رغيدة ، هائلة وغالية من المتاعب ، وبعبدة من الصعوبات .

أما الاخلال من أحد الجانبين بما يجب عليه فعناه الايدان بحياة شائكة معقدة يشوبها الصخب والضجيج ، وتحوطها المشاكل الاجتماعية . والزواج وإن كان بالظرة الأولى - كما اسلفنا - علقه جديدة بين زوجين إلا أن نتائجه في جميع الأحوال لا تقتصر عليها لحسب بل تتعداهما إلى حلقات أحر كالبيت والأسرة والمجتمع ، وما إلى ذلك . لذلك كان من الواجب أن يحترم كل طرف ما تفرضه عليه حياته الجديدة من عهود لابد لكل من الطرفين الالتزام بها ، وقد تعرض الفقهاء لحقوق الزوجين كل منهما أراء صاحبه . وهي كما يلي :

حقوق الزوج

- ١ - الاطاعة من جانب الزوجة وعدم عصيانه في الامور التي تتعلق به كما في :
- ١ - الخروج من بيته بغير إذنه .
- ٢ - التصديق بالاموال المائدة له وهبتها ونذرهما
- ٣ - العبادات التي تمنعه من تحقيق رغبته الجنسية كالصوم تطوعا وما شاكل ذلك .
- ٤ - أن تمنعه نفسها من الوطء وما يلحق به مما يعود الى رغبته الجنسية .

أما حقوق الروجة

- ١ - النفقة بما فيها الطعام والكساء بما يتفق وشؤون الروجة .
  - ٢ - الوطء مرة واحدة في كل أربعة أشهر .
  - ٣ - المضاجعة ليلة في كل أربع ليال .
  - ٤ - عدم المشاكسة معها بدون مبرر شرعى .
- هذه هي أظهر الحقوق التي لاند لكل من الطرفين أن يتقيد بها  
ازاء شريكه ، وقد ذكروا في المقام امورا أخرى ترجع الى هذه  
المذكورات فراجعها في أماكنها .

ولأن فاذا تخلف أحد الزوجين عن القيام بما يجب عليه اتجاه صاحبه فهل هناك آثار وضعية تترتب على هذه المخالفة وما هي ؟  
وبقع البحث - ونحن في صدد الاجابة عن السؤال المتقدم -  
في مرحلتين .

الاولى - في الآثار المترتبة المتصورة بالنسبة الى تخلف الزوجة .  
الثانية - في الآثار المترتبة المتصورة بالنسبة الى تخلف الزوج .  
أما الآثار المترتبة على تخلف الزوجة

ولا بد لنا من فرض لروح في هذه الصورة مؤدياً جميع الحقوق التي لزوجته عليه وعملاً فقد حصص منه القيام بكامل حقوقها ، فلو تخلفت عن أداء حقوقه المفروضة عليها فالزوج حينئذ وما يضع ؟ وقد أفاد شيخنا الاستاذ - دام ظله - في تحديد موقف الزوج من زوجته مع وجود هذا التمرد من جانبها .

إن الزوج في هذه الصورة لو لم يرد الطلاق أن يهجرها ويضربها عملاً بمنطوق الآية المكرمة .

واللاقي تحافون أشورهم معظومهم واهجرهم في المصاحح واضربوهم فإن اطعكم فلا تبغوا عليهم سبيلاً ، (١) .

ولسنا لأن في صدد بيان مقدار الضرب وصفته وهل أن الوعظ والهجرا والصرب نزيهاً أو أنها جميعاً وسائل تأديبية بأنها شاء بدأ فإن هذا موكل الى محله ، وسنا في صدد بحثه هذه الحالة .

وأما الآثار المترتبة على تخلف الزوج فيمكن حصرها في نقطتين :  
الاولى - فسح المجال أمام الحاكم الشرعي لاجراء الطلاق .

الثانية - في مقابته بصلب حقوقه عليها في قبال تخلفه عن حقوقها

أما البحث عن النقطة الأولى

فلا بد لنا - قبل الدخول في صلب الموضوع وملاحظته من جميع أطرافه - من بيان جهة لها صلتها بما نحن في صدد بيانه ، وهي أنها يريد من هذا البحث أن يرى هل للحاكم الشرعي صلاحية تولى اجراء الطلاق جبراً على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه ؟ من غير فرق بين .

١ - من لم ينفق على زوجته

٢ - أو من أصيب بمن بعد الوطء ولو مرة واحدة ،

٣ - أو من ترك زوجته ولم يباشرها ولم يضاجعها عما يطبق عليه عنوان الحجران بلا تقصير صادر منها أو غير ذلك من الموارد التي يعسر معها نقاء الروضة بدون روح ، وبعد بيان هذه الملاحظة نفود الى شيخنا الاستاذ - دام ظله - ليعطى رأيه في هذه المسألة .

حيث يرى التوسعة في صلاحيات الحاكم الشرعي ، وشمولها لهذه السلطة ، واجراء الطلاق جبراً على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه ، وقد أفاد - دام ظله - في وجه ذلك مستدلاً عليه بالكتاب المجيد وبالسنة الشريفة .

أما الآيات الكريمة فهي :

أولاً - ما جاء في قوله تعالى :

والطلاق مرتان فامسك بمرء أو تسريح محسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أنتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله قال خفتن إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك

حدود الله فلا تمتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله ، وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون ، وإذا طلقتم النساء فلهن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ، (١) .

وثانياً - ما جاء في قوله تعالى أيضاً :

« فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ، (٢) والذي يظهر من هذه الآيات الكريمة هو أنها في صدد بيان حكم كبروى وهو أن كل شخص بالنسبة الى حياته الزوجية لابد له من سلوك أحد طريقين .

إما أن يقوم بكامل حقوق الزوجة بما في ذلك النفقة والوطء والمضاجعة والمباشرة وما الى ذلك بما يكفل حق المرأة من الزوجية الشرعية ، وهو المعبر عنه بقوله تعالى : « فامسك بمعروف » .

أو يقوم بفك رباط الزوجية لتأخذ الزوجة طريقها في هذه الحياة فتختار من يقوم بشؤونها ويكفل لها حياة سعيدة بعد أن يحجز الزوج عن القيام بذلك ، وبكون احلاء سبيل هذه الزوجة هو المعبر عنه بقوله تعالى : « أو تسريحاً باحسان » .

ولا ثالث لهدين الأمرين بل الأمر دائر بينهما .

ويؤيد ما ندعيه - من استفادة هذا الحكم الكبروى - ما جاء

(١) البقرة آية ٢٢٩ .

(٢) سورة الطلاق آية ٢ .

في نفس الآية الكريمة من قوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضرراً  
لتعتدوا » فان هذه الفقرة من الآية الكريمة لعلها تكون مسوقة  
لأكيد الحكم السابق وهو الامساك بالمدفوف أو التصريح بالاحسان  
وهو ما نفتيه .

أو تكون مسوقة لبيان حكم جديد ، وهو عدم مشروعية  
الامساك الضراري والذي يكون موجباً للاحاق اضرار بالزوجة بأي لون  
كان الضرر ، سواء كان تنفصير مائىء عن احتيال من الروح كعدم  
قيامه بحقوقها الواجبة عليه مع فرص قدرته على أدائها ، أو كان قهرياً  
عليه وبلا احتيال كما من لطاريء مثلاً بعد الوطء ولو مرة واحدة .

أو لمجر عن أداء النفقة والقيام بما تطلبه حياته المعاشية ،  
ولا يضر هذه التوسعة ما ورد في الآية الكريمة من قوله تعالى  
( لتعتدوا ) بدعوى ظهورها في أن اغرض من الامساك المهيى عنه إما  
هو الاضرار الذي يكون من قبيل التعدى على الغير أو هو من قبيل  
لتعدى عن الحقوق الشرعية ، أما الاضرار الذي يكون من قبيل التعين  
وما شاكله فانه خارج عن ذلك لأنه من الامور غير الاختيارية  
فلا يكون مشمولاً للمهيى المذكور .

والجواب . أن التعليل المذكور كما يلائم الامور الاختيارية كذلك  
يلائم غير اختيارية فان الامساك للزوجة مع عدم قدرته على اقيام  
بحقوقها يطبق عنه أنه اضرار بها وانه تعد صريح على حقوقها المرتبة  
من قبل الشارع المقدس ، ويبين لنا هذا المعنى بوضوح إذ لاحظنا  
ما اكدت به هذه الآيات الكريمة من تكرار كلمة الحدود فقد قال  
عز وجل في الآيات المتقدمة :



- إلا أن يخافا إلا يقيما حدود الله ،
- فإن خفتن إلا يقيما حدود الله ،
- تلك حدود الله فلا تعتدوها ،
- ومن يتعد حدود الله ،
- فإن ظنا إلا يقيما حدود الله ،
- وذلك حدود الله ينها .

فإن المراد من الحدود في هذه الموارد ليس هو الحدود والقوانين التكميلية الراجعة لكل شخص بحسبه كحرمة شرب الخمر وما شاكل بل المراد منها إتيان المفعولة لكل من الزوجين على صاحبه حيث تدل كلها على اهتمام الشارع المقدس بالمحافظة على تطبيق تلك الحدود لإنشاء حياة سعيدة من الطرفين وقد يدعى : أن التسريح بالاحسان هو ترك المرأة حتى تنفص عدتها والامساك هو الرجوع بها في العدة كما هو ظاهر قوله تعالى :

• فإذا بلغ أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ،

وقد ظهرت الدعوى صريحة في كلام صاحب الحوار رحمه الله عند ذكره لاستدلال البعض على فسح الحاكم فيما لو تجدد لعجز عن التمسك بقوله تعالى : • فامسكهم بمعروف أو تسريح باحسان • وأجاب عنه بالمدح من كون الامساك مع عدم التمكن من العفة إمساكاً بغير المعروف ، ثم قال :

• على أنه قد تقدم في تفسير الآية من النصوص ما ينافي ذلك - ،

ويشير بقوله - قد تقدم - إلى ما نقله في مسألة الطلاق الثالث من النصوص الدالة على أن المراد بالتسريح فيه هو الطلاق الثالث

أو هو تركها حتى تنقضى عدتها .

وهناك دعوى ثانية : مفادها أن هذه المقالة بين التسريح والفراق إنما هي في موارد المطلقة مرتين كما هو ظاهر موثق الحسن بن فضال المروى عن الإمام الرضا عليه السلام . إن الله عز وجل أذن في إطلاق مرتين فقال : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » يعنى في التطليقة الثالثة (١)

ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ، إن الله تعالى يقول : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » والتسريح بإحسان هي التطليقة الثالثة (٢) .

كل هذه الادعاءات وغيرها لا توجب اختصاص الآيات الكريمة في الموارد المذكورة بل هي لبيان المورد ، ومن الواضح أن المورد لا يخص الموارد والذي هو ما استفدناه من الحكم الكبروى حيث لا بد للروح من اختيار أحد المسلكين المذكورين فاما القيام بشؤون الزوجية كاملاً أو التحلّي وهك ذلك الرابطة الزوجية المقدسة . مضافاً الى أن الإمام يقرر عليه السلام طلق هذه لكبرى الكلية على مورد آخر لا علاقة له بالعدة ولا التطليقة الثانية وهو مورد الإيلاء ، فقد ورد عنه عليه السلام أنه قال : « المولى يوقف بعد الأربعة أشهر فإن شاء ( إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ) فإن عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها (٣) » .

[١] الوسائل الباب الرابع من أبواب الطلاق ، الحديث ٧ .

[٢] الوسائل من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه

[٣] الوسائل الباب العاشر من أبواب الإيلاء ، الحديث ٣ .

فان هذا إيمان من الامام عليه السلام في الآية الكريمة وتطبيق الحكم المذكور فيها على حكم الايلاء وأنه بعد الارسية أشهر يحجر على اختيار أحد للأميرين إما انقضاء وإما الطلاق ، وقد جعل الامام عليه السلام ( انقضاء ) إمساكاً بالمعروف وجعل لطلاق تسريحاً ماحسان ، وفي هذا انطباق المذكور من الامام عليه السلام حيز شاهد على عدم اختصاص الآيات الشريفة بموارد لعدة أو الامساك بالرجعة بعد التطليقة الثانية والتسريح بعد الطلاق الثالث . وما يشهد بذلك أيضاً ما رواه محمد بن علي بن الحسين ماساده عن داود بن الحصين بسنده عن عمر بن حفظة عن ابي عبد الله عليه السلام ، قال سأله عن رجل قال لأخر اخطب لي علامة لما فعلت من شيء مما قاوت من صداق او صمت من شيء او شرطت فذلك لي رضا . هو لا رم لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبدل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه فلما رجع اليه انكر ذلك كله ، قال : يعزم (١) لها نصف الصداق عنه وذلك أنه هو الذي ضيع حقها فلما أسلم لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال عنه لها حر لها أن تزوج ولا يحل للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلا أن يطلقها لأن الله تعالى يقول ( فامسك بمعروف او تسريح ماحسان ) فان لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام وقد اناح الله عز وجل لها أن تزوج . (٢)

ومن هذه الرواية يظهر لنا ما يتناء من أن الترديد بين الامساك

(١) أي الوكيل .

(٢) ملحقات المروءة للعقب الطاطبائي ص ١٥٥ نقلاً عن كتاب

الوسائل مبحث الوكالة .

والتصريح حكم كبروى لا يختص بموارد المطلقة اثنتين ، لأن الامام عليه السلام طبق هذه الآية الكريمة على هذا الشخص مع أنه لم يصدر منه طلاق واحد فضلاً عن الاثني بل كل ما في البين أنه أنكر وكالته لذلك الخاطب مع كونه في الواقع قد وكله لأن يحط له وأنها زوجته بمقتضى ذلك التوكيل .

وعلى أى حال - مما سبق - عرفت أننا استفدنا من الآيات المتقدمة حكماً كبروياً وهو وجوب أحد الأمرين على الزوج ابتداء ولا يجوز له التخلف عن ذلك .

إلا أن ذلك لا يفتح لنا بمفرده باب إجراء الطلاق من قبل الحاكم الشرعى جبراً على الزوج .

لذلك يرى شيخنا الأستاذ دام ظلّه أنه في هذا المورد الذي يتبادى الزوج في امتناعه من القيام بشؤون الزوجية أن يجبر الزوج أولاً بأن يوقع الزوج الطلاق نفسه فإن امتنع أجرى الحاكم نفسه الطلاق جبراً عليه لأن الحاكم الشرعى لا يقف مكتوف اليد في مثل هذه الموارد .

وقد سبق لشيخنا دام ظلّه ( أن حقق في بحث خاص ) أن الحاكم الشرعى أولى الممتنع ، لذلك كان عليه أن يجرى الطلاق بنفسه . يضاف إليه ما صرح به صحيحة أنى بصير من قوله عليه السلام :

« من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يورثها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الامام أن يفرق بينهما » (١) .

## الروايات

وأما الأخبار الواردة في المقام فهي على أقسام عديدة : فيها -  
 ما تنطرق الى التخصيص بالنفقة وبيان ما يلزم على ذلك من الأحكام وهي :  
 ١ - صحيح الفضيل بن يسار ورعى عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله  
 تعالى . « ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » قال إن من كانت  
 عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه  
 وإلا طلقها (١) .

٢ - رواية ابن أبي عمير : « إذا كسها ما يوارى عورتها ويطعمها  
 ما يقيم صلبها أقامت معه وإلا طلقها » (٢) .  
 ومن هذين الخبرين يتبين لنا أن تأخر الزوج عن النفقة يكون  
 مرجعاً لفتح باب الطلاق الاجباري أمام الحاكم الشرعي بحاطة منه على  
 حقوق الزوجة عند الاحلال بنفقتها .

ولكن هناك من يستدل لاجراءج من كان معسراً عن شمول مثل  
 هذا الطلاق الاجباري له وإحتصاصه بما إذا كان متمكناً من الاتفاق  
 بما ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام حيث قال : « ان امرأة استعدت على زوجها  
 أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى عليه السلام أن يجسه وقال : « إن  
 مع العسر يسراً » (٣) .

(١) نفس المصدر والموضع السابق .

(٢) الوسائل الباب الأول من أبواب النفقة حديث ٣

(٣) التهذيب . كتاب القضاء . باب زيادات القضاء .

وفد اجاب شيخنا الأستاذ دام ظله عن هذا الاستدلال بان الرواية المذكورة - كما يظهر من لفظها - لم تكن في مقام طلبت الروجة فيه من الامام عليه السلام الطلاق من زوجها وان يجرى ذلك جبراً عليه فأبى أمير المؤمنين عليه السلام عن ذلك ، بل إنها جاءت بطلب الاتفاق منه وكان زوجها معسراً فهي في الحقيقة دائر جاء الى الحاكم الشرعي يطلب ادينه من غريمه مع أن الغريم معسر لا يتمكن من الوفاء ، وبطبيعة الحال أن الغريم لو تمادى عن ايفاء ما بذمته فلا بد من حسمه إما لا طريق لخراج الحق منه لا ذلك ، فكان الروجة جاءت الى أمير المؤمنين عليه السلام بطلب بحسب زوجها والتضييق عليه وبحسب ذلك مما يلجته - بحسب اعتقادها - الى التمسك والاتفاق عليها ولذلك فرع الرواية عليه بقوله ( فأبى أن يجسه ) بالعساء ، وقال : إني مع العسر يسراً ، فهي لم تطلب من الامام عليه السلام الطلاق بل طلبت إحصاع الزوج بأى صورة كانت للاتفاق عليها .

وقد يعترض به أما كان الازم على الامام عليه السلام أن يعلمها بأن لك في مثل هذه الحالة أن تطلي الطلاق منه ؟ فلو كان لمقام من صعوبات باب الطلاق الاجباري لكأن على الامام أن يعلمها بذلك .  
ويجاب عن هذا الاعتراض بأنه ليس من الوجوب والالزام على الامام أن يتصدى لاعلامها بما لها من الحقوق .  
مضافاً الى إمكان استظهاره عليه السلام بأنها لا تطلب الطلاق وانها راضية ببقاء الزوجية إلا أنها جاءت بطلب منه حسمه ليكون ذلك داعياً الى تكسبه ومخنه وراء العمل والاتفاق من جراء ذلك عليها .  
وعلى هذا فيكون مجرد عدم الاتفاق والاصرار عليه موجباً لفتح

باب الطلاق الاجبارى أمام الحاكم الشرعى من غير نظر الى حالة الروح وانه مؤسر أو معسر .

القسم الثانى من الأخبار .

ما تعرض لحكم المولى والمطامر ، فالأول هو الذى يحلف بعدم مقاربة زوجته فيقول ( واقه لا اقارب زوجتى ) ماخوذاً من الالية حيث يقال فلان آلى أى حلف . والذى هو الذى يقول لزوجته ( انت على كظهر أمى ) .

ولأخبار فى هذين كثيره وفى كليهما بعد الصراحة فى دوران الأمر بين الكفارة أو الطلاق ، إلا أنها فى لظهار بعد مرور ثلاثة أشهر ، وفى الإيلاء بعد أربعة أشهر .

أخبار الإيلاء :

١ - ما تضمن قوله يُطْلَقُ ( وإن لم يمس أجبر على أن يطلق ) ( ١ )

٢ - ما تضمن قوله يُطْلَقُ ( ويبقى للإمام أن يجبر على أن يبي

أو يطلق ) ( ٢ ) .

٣ - ما تضمن قوله ( كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب

ويجعلها فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلق ) ( ٣ )

٤ - قوله يُطْلَقُ إذا أتى المولى أن يطلق جعل له حظيرة من قصب

وأعطاه ربع قوته حتى يطلق ) ( ٤ ) .

( ١ ) الوسائل الباب التاسع من أبواب الإيلاء حديث ١

( ٢ ) الوسائل الباب التاسع من أبواب الإيلاء حديث ٣

( ٣ ) الوسائل الباب الحادى عشر من أبواب الإيلاء حديث ٢

( ٤ ) الوسائل الباب الحادى عشر من أبواب الإيلاء حديث ٣

٥ - ما جاء في قوله عليه السلام (إن قاء - وهو أن رجع إلى الجماع -  
والأحس في حظيرة من نصب وشدد عليه في المأكل والمشرب حتى  
يطلق) (١) .

٦ - ما جاء في بعض الروايات من أنه (إن كان بعد الأربعة أشهر  
فإن إني فرق بينهما الإمام) (٢) .

٧ - ما روى من أنه (متى أمره الإمام المسلمين بالطلاق فامتنع ضرب  
عقه لامتناعه على إمام المسلمين) (٣) .

٨ - وقد ورد في بعضها السؤال عن رجل آلى من امرأته :  
« متى يفرق بينهما ؟ » قال عليه السلام : إذا مضت أربعة أشهر ووقف ،  
قلت : من يوقفه ؟ قال عليه السلام : الإمام ، قلت : وإن لم يوقفه عشرتين  
قال عليه السلام ، هي امرأته ، (٤) .

ويظهر ما ندعيه من أن للإمام إيقاع الطلاق جبراً وخصماً من الخبرين  
السادس والثامن حيث يقول الإمام عليه السلام فيها (فإن إني فرق بينهما)  
وقول السائل : متى يفرق بينهما .

وقد يعترض : أن بقية الأحبار لم يظهر منها ذلك بل غاية ما  
البيان أنها ذكرت ما يلزم إعادته معه حتى يطلق .

وقد أجاب شيخنا الأستاذ دام ظله عن هذا الاعتراض بأن الفقيه  
يستفط من هذه التشديدات ومن ذلك التصريح في الخبرين المذكورين

(١) الوسائل الباب الحادي عشر من أبواب الأيلاء حديث ٤

(٢) الوسائل الباب التاسع من أبواب الأيلاء حديث ٤

(٣) الوسائل الباب الحادي عشر من أبواب الأيلاء حديث ٥

(٤) الوسائل الباب الثامن من أبواب الأيلاء حديث ٤



أما لآل الحكم لشرعى هذه السلطة محافظة مه على الحق الزوجى بدرجة أننا رى أحد الاخبار السابقة بصرح به لو امتنع اروج من الطلاق ضرب عنقه ، فراجع الخبر السابع .

وقد يعترض ثانياً : بان هذه الاحبار المذكورة إنما هى فى مورد الايلاء وهو مورد خاص يتضمن منع من الطلاق على من حلف بأن لا يواقع زوجته ، وبمضى نريد تسرية ذلك الحكم الى بقية الموارد والتي منها يكون الزوج متعدياً وتاركاً لزوجته من دون تقصير صادر منها .

وقد رد شيخنا دام ظله هذا الاعتراض باننا تعدى من مورد الايلاء الى غيره بقرينة ما فى الاخبار المذكورة من أن الامام عليه السلام فى صدد بيان الحكم الكبروى وهو المحافظة الشديدة على حقوق كل من الزوجين توجيهاً من وراء ذلك المحافظة على المصلحتين العامة والخاصة هذا اولاً ، وثانياً أن المورد لا يكون مخصصاً للوارد فلا يلزم لاحتصاص من هذه الاخبار السابقة الذكر كما هو واضح .

ومضى أخبار الايلاء أخبار الظهار ، فراجع الواقى وغيره من كتب الاخبار ولاداعى للاطالة

#### القسم الثالث من الاحبار

ما تعرض لحكم من ترك وطء زوجته لاكثر من أربعة أشهر وفيها تصریح بان للزوجة الاستعداد على روجها إما أن يقرم بالواجب أو يطلق ومن هذا القسم .

١ - إذا عاضب الرجل إمرأته فلم يقرها من غير عین أربعة أشهر استعدت عليه فاما أن يقوى وإما أن يطلق فإن تركها من غير مغاضبة

أو يمين فليس بمولى (١) .

وقد تعرض كاشف للشم - رحمه الله - فاستثنى من عدم الجواز المذكور لترك وطء الزوجة كثر من أربعة أشهر ثلاثة وهم المسافر والعاجز والمعدور .

وصاحب الجوهر - رحمه الله - وافقه في انعاجز ونافسه في المسافر ولكنه تأمل أحياناً من جهة السيرة .

وامكن شيخنا الأستاذ دام طله باش صاحب الجواهر في هذا التأمل المذكور من السيرة إنما تجرى حيث أن الحال هو رضا الزوجة أما مع مطالبتها فلم يعلم جريان السيرة عليه كما هو واضح .

وقد علق في نواحي على الخير المتقدم بقوله :

( بيان ) إستمدت استعانت واستصرت ، فاما أن يبقى وإما أن يطلق : يعنى يجوز على أحد الأمرين لأن حكمه حكم المولى في ذلك وإن لم تجب عليه المكافأة بخلاف ما ادّ تركها من غير معاصرة ولا يمين فانه ليس بمولى (٢) .

والجماعة جروا على ذلك فقال في الجواهر في رد الاستدلال بالخبر المذكور لوجوب الوطء لأكثر من أربعة أشهر مايلي : « فان فيه أنه ظاهر في الحق المعاصرة بالإيلاء وهو غير مانع فيه » ، (٣) فحملوا الترك مع المقاصبة على الإيلاء في الحكم وهو الاستعداد واجبار الحاكم له على أحد الأمرين وإن لم تكن عليه كفارة لعدم يمين ، ولكن لا إشكال عندهم

(١) الوسائل الباب الأول من أبواب الإيلاء حديث ٢

(٢) لوائح باب حق المرأة على زوجها جزء ١٢ مجلد ٣ ص ١١٩ طبعه إيران

(٣) الجواهر كتاب النكاح مسألة ترك الوطء لأكثر من أربعة أشهر ص ٣٥

في أنه لا يجوز تركها أكثر من أربعة أشهر وإن لم يكن من معاضة بل كان تشبهاً منه لانشغاله عن زوجته حاضراً كان أو مسافراً ، وفي الحقيقة أن صاحب الجواهر رحمه الله وإن ناقش في الخبر من جهة دلالة إلا أنه ملتزم بحرمة ترك الوطء في الأربعة إستانداً إلى الخبر الآخر ، وإلى لاجماع المدعى في المقام وعبر من القول بجواز الترك في غير الشاة ( ما لا يستأهل أن يسطر ) .

وحينئذ فهل للزوجة الاستعداد أو أنه ليس لها ذلك ؟ لا سيبل إلى الثاني .

وعليه فما يكون تكليف الحاكم الشرعى لو استعدت عده المرأة ؟  
فهل هو بمجرد قوله للزوج ( ماض زوجتك ) ؟ وإن لم يطع - سيما فيما إذا لم يتمكن من حبسه واشكبله والتضييق عليه - أو أنه لابد له من إجباره على اختيار أحد الأمرين ويكون الأمر بالآخير راجعاً إلى أن الحاكم محسب ولايته على فصل الخصومات - يجرى عليه حكم المولى وإن لم يكن مولياً ولا مفاضياً ، وقد عقب آخيراً شيخنا الأستاذ على ما تقدم أنه بإمكان القول بأن المفاضاة لا تتوقف على إظهارها من الزوج للزوجة بل يكفي فيها بمجرد الترك أى ترك وطئها مع طلبها ذلك منه فإنه يكون تركه لها مع طلبها مفاضياً لها ، والرواية ناظرة إلى الترك العادى المجرد عن كل شيء سوى الترك .

ولكن قد يستدل على عدم فتح باب الطلاق الاجبارى في غير النفقة وما هو منصوص عليه بالروايات الآتية :

١ - صحيح الخلى عن أبى عبد الله عليه السلام عن المقفود قال عليه السلام :  
المقفود إذا مضى له أربع سنين نعت الوالى أو يكتب إلى الناحية التى

هو غائب فيها فان لم يجد له أثراً أسر الوالى وليه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهي امرأته ، قلت فانها تقول : فاني أريد ما تريد النساء قال : ليس لها ذلك ولا كرامة ، فان لم ينفق عليها وليه أو كيله أمره أن يطلقها (١)

٢ - خبر أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام عن المفقود قال عليه السلام في امرأة عاب عنها زوجها أربع سنين ولم ينفق عليها ولم تدر أحى هو أم ميت أيجبر وليه على أن يطلقها ؟ قال : نعم ، وإن لم يكن لها ولى يطلقها السلطان ، قلت : فان قال الولى أنا أنفق عليها قال : فلا يجبر على طلاقها قلت : أرايت إن قالت أنا أريد ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا ؟ قال ليس لها ذلك ولا كرامة اذا أنفق عليها (٢)

٣ - خبر يزيد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بامرأته (الى قوله) : دعا ولى الزوج المفقود فقير له هل للمفقود مال فان كان للمفقود مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته ، وإن لم يكن له مال قيل للولى أنفق عليها فان فعل فلا سبيل لها أن تزوج ما أنفق عليها (٣)

وخبر يزيد وإن لم يكن كالخبرين الأولين في الصراحة على عدم الاعتناء بما تريده من الطلاق لأنها لا تقعد كما هي إلا أن قوله عليه السلام (فلا سبيل لها أن تزوج ما أنفق عليها) يعطى ذلك بعموم قوله لا سبيل لها أن تزوج مادام الاتفاق حاصلاً لها وإن كانت تريد ما تريده النساء . والخلاصة أن من مجموع هذه الأخبار الثلاثة نستفيد ما أدينناه

(١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق

(١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق

(٢) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق

من أنه لا مجال لفتح باب الطلاق الاجبارى في غير موارد الفقة وما هو منصوص عليه .

وقد رد شيخنا الاستاذ دام ظله هذا الاستدلال من وجهين .

الأول : - إن هذه الاجبار غير ناطرة الى الصورة التى يجرى عليها المتصدون من هجر الزوجة وتركها لا لتقصير صادر منها بل هى ناطرة الى صورة مالو كان الزوج مسافراً وقد انقطعت أخباره .

الثانى - إنا نقول إن الاجبار على الطلاق وإن لم يكن من حقوقها إلا أنه من حقوق الحاكم الشرعى الذى يكون ملزماً بسد الخلل فى النظام وفى الحقيقة هو من حقوق النوع الشرى ، ومن اليتى أن الحاكم الشرعى هو ولى النوع كما حقق فى محله .

وقد أفاد شيخنا دام ظله بأننا لو أعضب النظر عن هذين الجوابين فلا بد لنا من طرح هذه الآثار المذكورة المانعة من الطلاق نظراً لما ورد فى أحاديث عدم جواز ترك الزوجة لأكثر من أربعة أشهر ، وكذا ما ورد فى أحاديث الإيلاء والطهار بما يستنبط منه أنه لا بد للحاكم الشرعى أن يحافظ على الحقوق الشرعية وعدم فسخ المجال لكل من الزوجين فى التقصير بحقوق الطرف الآخر لأن ملاحظة تلك الآثار تعطينا صورة واضحة عن مدى اهتمام الشارع المقدس بذلك وأنه لا يرضى بالتساع فيه ، وقد رأينا ماى بعضها من العقاب الصارم لو لم يطلق بحيث يكون أمر الزوج دائراً بين اثنين لا ثالث لهما .

فأما أن ينهى وحيداً فيجد الله ثواباً رجباً ، أو يطلق وعليه فإن الله سميع عليم .

هذا المضمون صرحت الآية الكريمة فى قوله تعالى : د والدين

يؤولون من سائهم تربص أربعة أشهر فإن فآؤا فإن الله غفور رحيم  
وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم . (١)

وقد عرفت من بعض الأخبار السابقة أن التشديد يصل إلى درجة  
يجوز الإمام فيه ضرب عنق ذلك الرجل كما عن خلف بن حماد رفعه  
إلى الإمام الصادق عليه السلام في المولى :

(فأما أن ينيء أو يطلق فإن فعل وإلا ضرب عنقه) (٢) . وما لا حيز  
ما تضمنته بقية الأخبار من أن الإمام يطلق عنه ولعل ضرب الرقبة  
في خصوص ماله أمره الإمام عليه السلام بالطلاق فعصى كما في المرسلة المتقدمة .  
وعلى هذا فيدور الأمر بين محيرة بالمشارة والطلاق بعد الأربعة  
أشهر ولا يقتصر على مولى وغيره بل يعم كل نارك ، وحيث يمكننا  
تصحيح ضرب الأجل للعائت فإن حضر فهو وإلا كان عليها أن تطلقها  
منه فهدأ عليه شريطة أن يكون الطلب من الزوجة حاصلا لأجراء الطلاق  
منه وأنها لا تبقى على هذه الحالة .

ولا سد للرجل من كونه على طبق ما تشير إليه الآية الكريمة  
من الأربعة أشهر .

### مبدأ الأربعة أشهر

وهذا محل خلاف بينهم . فهل هو بعد رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي

(١) البقرة آية ٢٢٦

(٢) الرافعي باب الإيلاء ص ١٤١

حيث دلت عليه جملة من الأحبار أو أنه من حين إيلائه كما هو ظاهر الآية الكريمة إذا كان في البين إيلاء ؟  
 أو أنه من حين تركه الوطء وإن لم يكن في البين إيلاء أو ظهار ربما قيل بالأول وهو البدء بالأربعة أشهر من حين رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي من باب السير الحكيم والمساعدة مع الزوج إذ لعل سكوتها قبل رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي كاف في أمضاء ترك الوطء طوال المدة السابقة ولكن شيخنا الامتاز دام طله استظهر الوجه الثاني

### حديث نفي الضرر والضرار :

كما تقدم - عرفت - الأدلة من الآيات والروايات على القول بافتتاح باب الطلاق الاجباري أمام الحاكم الشرعي  
 وبما يؤيد ذلك ما استدلل به للموضوع نفسه من حديث - نفي الضرر والضرار - كما جاء عن زرارة عن أبي جعفر الباقر - عليه السلام - قال : ان سمرة بن جندب كان له علق ، وكان طريقه اليه في جوف مرل رجل من الانصار . فكان يحس ويدخل الى عذقه بغير اذن من الانصارى فقال الانصارى : يا سمرة لاتزال تفاجئنا على حال لا تحب أن تعاجئنا عليه ، فاذا أردت الدخول فاستأذن . فقال : لا استأذن في طريق ، وهو طريق

الى عذقي . قال : فشكاه الانصارى الى رسول الله (ص) فأرسل اليه (ص) فأتاه فقال : ان فلاناً قد شكاك ورعم امك تمر عليه وعلى أهله بغير اذن ، فاستأذن عليه اذ أردت أن تدخل فقال يا رسول الله استأذن في طريقى الى عذقي ؟ فقال رسول الله (ص) حل عنه ولك مكانه عذقي في مكان كذا . فقال : لا ، قال . فلك ثمان قال : لا أريد . فلم يزل يزيده حتى بلغ عشرة أعنتق فقال : لا قال . فلك عشرة في مكان كذا وكذا فأبى . فقال : حل عنه ولك مكانه عذقي في الجنة قال : لا أريد ، فقال له رسول الله (ص) انك رجس مفسد ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن ثم أمر بها رسول الله (ص) ففقه متورم بها اليه وقال له رسول الله (ص) اطلق واعرسها حيث شئت (١) والروايات الواردة في - لا ضرر - كثيرة وفي موارد متعددة ، وتنجم كاملة في قضية سمرة وفي أغلبها يكون التصريح عنهم ~~بأنهم~~ بلفظ ( لا ضرر ولا ضرار ) ولا مجال للتعرض لجميعها بل نكتفي بأحدث المنقذ الوارد عن زرارة في قضية سمرة وقبل التطرق الى الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن في صدد اثباته لابد لنا من بيان لمحة عن الحديث المذكور والمراد من النبي المتوجه على كل من - الضرر والضرار - .

### ماهو الضرر والضرار ؟

الضرر : مصدر ( ضر ) وهو النقص في الحال ، أو الفس ، أو العرص

(١) وسائل كتاب حياة ادواب الباب ١٢



كما تنص عليه كتب اللغة .

**الصرار :** مصدر صار وهو إيصال الضرر من كل طرف الى الآخر  
 لكن نه من باب المفاعلة ، بالمعانية فاصية بالشاركة من الطرفين نظير المضاربة  
 والمفائلة وبناء على اعتدال كون لصرار من باب المعاملة ، كيف يتم توجيه  
 الضرر في قضية سمرة مع الانصاري ؟ فان إيصال ضرر كان صادراً  
 من جهة واحدة ، وهو سمرة حيث كان يد الضرر لصاحبه في الدخول  
 عليه بلا استئذان وفي مقام الجواب عن ذلك نقول : أنه ربما وردت  
 صيغة المفاعلة على خلاف ما يقتضيه وضعها من لمشاركة من الطرفين كما  
 في مثل - سافر وهاجر - معى سمر و سمر ويتم بذلك توجيه قضية سمرة  
 بعد ما صار استعمال صيغة المعاملة فيه مجازاً وطبيعي أن الالتجاء الى ذلك  
 يفقدنا روعة المعنى الحقيقي ، وهو المشاركة من الطرفين ولم يحصل لنا ذلك  
 المعنى الذي تفيد صيغة المفاعلة ، وللمحافظة على المعنى الحقيقي في هذه القضية  
 يمكننا أن نعتبر القضية المذكورة في مسألة سمرة أيضاً مما حصلت فيها  
 المشاركة من الطرفين وللمحافظة على هذا المعنى الحقيقي يستدعينا اعمال  
 عناية في البين . ليطلق على سمرة عنوان المضار وتلك العناية ، هي أن  
 إصرار سمرة على الاضرار بالانصاري مع انه لم يشترك منه في إيصال  
 الضرر اليه يجعل الانصاري في ظ سمرة كانه يقاله بالصرر حيث يمنعه  
 من الدخول الى نخله فيكون إيصال الضرر من سمرة مكافأة منه ما إيصال  
 الضرر اليه في قبال ذلك الضرر الذي يتخيل سمرة حصوله من الانصاري  
 كل ذلك بعد امتناع سمرة عما أمره الي (ص) أولاً من الاستئذان  
 من الانصاري بدخوله عليه ، فكان مصراً على الاضرار وكان أصراره  
 على الاضرار مصححاً لاستعمال المضاربة في حقه باعتبار هذه العناية المذكورة

المراد من النفي في الحديث

من الواضح أن جملة - لا ضرر ولا ضرار - الواردة في كلامه (ص) قد اشتملت على فقرتين - الضرر والضرار - وقد دخل النفي عليهما معاً فما هو المراد به ؟

أما نفي الضرر : فمن البين أن النفي الوارد على الطبيعة ، تارة : يكون نفيّاً حقيقياً ، وثانية : يكون نفيّاً تنزيهياً . ويمثل للاول : بقولنا لا رجل في الدار .

أما الثاني : فلا بد لتصحيح التنزيل فيه من اعتبار جهة يكون التنزيل بواسطتها معتبراً ، وهذه الجهة تختلف . فقد يكون نفي الصحة مصححاً وهذا كما في قوله ﷺ « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » . أو تكون نفيّاً للكمال وذلك كما في قوله ﷺ « لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد » . أو تكون الجهة المصححة هي نفي الحكم وسيقتضض مثالها عند التعرض لرأى صاحب الكفاية - رحمه الله - أو تكون الجهة هي نفي التحريم كما في مثل نفي الضرار وميأني مزيد توضيح لذلك انشاء الله تعالى .

وقد ذهب صاحب الكفاية - رحمه الله الى اعتبار النفي المتوجه على الضرر في الحديث الشريف اما هو من النفي التنزيلى ، والنفي فيها هو الحكم لكنه بيان نفي الموضوع ، بمعنى أن النفي يكون مسلطاً على الفعل الخارجى الذى يوقع في الضرر ، ولغرض ذلك الفعل الخارجى هو الموضوع

بالنسبة الى المريض الذى يضره استعمال الماء ، ويكون معنى نفيه هو نفي حكمه ، وعلى هذا فيكون هذا النوع من النفي من قبيل نفي الحكم بسان نفي الموضوع .

والرد على هذا المسلك يكون من وجوه :

أولاً - أن كون المراد من الضرر هو الموضوع الضررى على ما يقوله صاحب الكفاية - قدس سره - يستلزم أن لا يكون النفي في هذه الفقرة نفياً حقيقياً بل يكون نفياً تقريبياً باعتبار نفي ذلك الموضوع ومع امكان إعتبار النفي نفياً حقيقة - كما سنبينه - فلا مجال لاعتبار النفي نفياً تقريبياً تصححه جهة من الجهات .

وثانياً - أنه - رحمه الله - قد نفي الموضوع بنفيه لحكمه فصار نفي الحكم عنده مصححاً لنفي الموضوع ، ولا يمكن الأخذ باطلاق هذا ، لأن الحكم الذى يكون مصححاً لنفي الموضوع هو الحكم الذى يكون انعدامه موجباً لانعدام الموضوع تقريباً كما في مثل الوجوب بالنسبة الى الوضوء فان نفيه يمكن أن يقال يكونه مصححاً لنفي الموضوع بخلاف ما لو كان الحكم هو الحرمة - مثلاً - فان نفي حرمة الشيء لا تكون مصححة لنفي ذلك الشيء ، بل هي على العكس تكون موجبة لفتح باب وجوده لانها توجب انعدامه .

ويختار شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأن النفي المتوجه على الضرر في هذه الفقرة هو النفي الحقيقي لا التزيلي إذ الوجوب في مفروض المثال المتقدم ، لما كان باعثاً للكلف على الوضوء - فيكون الضرر معلولاً للوضوء والوضوء - في نفس الوقت - معلول للوجوب الوارد عليه ، فيكون الوجوب علة للضرر ويكون الضرر مسبباً توليدياً عنه ، فيصح أن نعتبر

عن الوجوب بعنوانه الثانوى الذى هو المسبب السولىدى عنه ، وهو الضرر فيكون الضرر عبارة عن نفس الحكم الموقع فى الضرر . وبهذا يكون النفي نفياً للحكم ابتداء .

وأما نفي الضرر . فان النفي فيه تزيين والحكمة المصححة لهذا التزييل هى كونه كناية عن التحريم وظهير ذلك ما ورد فى الآية المكرمة : « الحج أشهر معلومات فمن فرض فبينه الحج فلا ريث ولا فسوق ولا جدال فى الحج » (١) .

فان الشيء لو كان محرماً كانت حرمة موحية لصحة إلتفائه ليكون كناية عن نفي مشروعيته على حذف قوله : لارهاية فى لاسلام الفرق بين الضرر والضرار :

وبناء على ما تقدم يكون حاصر الفرق بين الضرر والضرار : هو أن الضرر : مسوق لنفي الحكم الموجب للضرر ، وإن لم يكن ذلك مقروناً بتقصيد وإصرار من صاحب ذلك الحكم .

وأما الضرار . فانه مسوق لنفي الحكم ، مع تعمد من صاحبه والاصرار على إيصال الضرر بواسطة ذلك الحكم الى انطراف الآخر ولأجل ذلك عقب - ص - : لا ضرر بلا ضرار - وهذا من قبيل الانتقال من الأدنى الى الأعلى ، كما يشهد به قوله - ص - قل ذلك بعد اسداء النصح لسمرة ( انك رجل مضار ) واليه الاشارة فى قوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضراراً لاعتدوا ، وفى قضية سمرة ، وما تضمنته الرواية الشريفة من الأمر بقطع النخلة والقائها فانه - ص - لم يأمر بالقطع ، إلا بعد

أن حكم على سمرة بالاستئذان عند إرادة الدخول ، وامتنع سمرة من الرضوح لذلك الحكم الشريف ، وحيث أن يكون استحقاقه لبقاء بخلته - ضراراً - لسكونه سبباً لاصرار سمرة على الضرر فيكون منتفياً ، إذاً في المرتبة الأولى كان جوار الدخول لسمرة بلا استئذان سبباً للضرر ويكون منتفياً - بلا ضرر - وتكون نتيجة ذلك لزوم الاستئذان ، وحيث لم يقبل سمرة بذلك الحكم فقد انتقل المبرور من الضرر إلى - الضرر - وصار استحقاق بقاء النحلة موجباً للضرر لذلك بقاء - ص - وكانت نتيجة ذلك هو جوار قلع النحلة ، إذ لا يمكن فيه إلا هذا الطريق حيث أن ذلك الضرر ، إن أمكن نفيه بقامة شخص يمنع سمرة من الدخول بلا استئذان إلا أن ذلك لما لم يكن متيسراً له في ذلك المصير فقد انحصر رفع ذلك لضرر الناشئ عن إصراره على الدخول بلا استئذان رفع ذلك الأضرار وهو استحقاقه لبقاء بخلته بقاء - ص - سبب الضرر الذي يكون متولداً عنه

الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن فيه .

بمقتضى الحديث الشريف أن أحد الزوجين

الأول - أجره في لزوم الكاح فكما أن نتيجة هي ثبوت خيار الفسخ للزوجة

والثاني - أن الزوجين متى اتفقا على الطلاق

أما الوجه الأول - أنه في تصويره أن لزوم الكاح على الزوجة ، وعدم الإحلال من حاسد بحقوق الزوج في حال كون الزوج غير قادر على ذلك ، كما أن صراحة الحديث مدعى ، وحيث

فيكون للزوجة فسخ النكاح ، وبطريق هذا ما ذهبوا اليه في مسألة عدم لزوم البيع على المغبون ، والاستدلال له بمحدث نقي الضرر .

وهذا ينتج لنا إمكان الفسخ من جانب الزوجة . حيث يخل الزوج بحقوقها لأن الإحلال بالحقوق التي لها عليه - ضرر - وهو منى بالحديث الشريف . وقد يعترض على هذا الوجه من الاستدلال .

بأن إعطاء صلاحية الفسخ بيد الزوجة فتح لباب الخيار ، وثبوت في عقد النكاح ، مع أن الإجماع قائم على عدم دخول الخيار في عقد النكاح إلا من الطرق الخاصة بالمصوح عليها في عيوب الرجل والمرأة . وقد تعرض صاحب الجواهر - رحمه الله - لهذا المعنى حيث تطرق

إلى الاستدلال على عدم صحة اشتراط الخيار في النكاح ، ممثلاً إياه بأن فيه شائبة العبادة التي لا يدخلها الخيار - إلى أن قال - بل في قوله : في خبر إبان كقوله في غيره تزويج الله ، وبحو ذلك منافاته لعقد النكاح من ضروريات التقية . وحيث يصل المحقق الحلي - قدس سره - في شرائعه إلى المسألة الثانية عشرة من المسائل التي ذكرها في باب المهور يقول صاحب الجواهر في الاستدلال على بطلان شرط الفسخ لمعلومية الخيار ولخصر فسخه بغيره ، ولذا لا يجري فيه إلا ما قاله بخلاف غيره من عقود المعاوضات .

وعلى أي حال فهل يثبت للزوجة الفسخ في النكاح بعد حصول الضرر أو لا ؟

ويجيب شيخنا - دام ظله - :

لقد سبق أن بينا في دروس سابقة عدم قابلية النكاح للخيار المجعول اشتداء أو الناشئ عن تحلف الشروط المصرح بها في العقد

أو التي تكون ضمنية ، وهناك ذكرنا أن لزوم النكاح حكمي ، لا أنه  
معمول للمتعاقدين ، ومع قطع النظر عن ذلك نقول (١) :

(١) المعاملة بالنظر الى اللزوم وعدمه تكون على اقسام :

الأول - ما يكون اللزوم فيها ذاتياً حيث تقتضيه ذات المعاملة كما في لزوم  
الرهن على الرهن ، فان عدم لزومه عليه ينافي حقيقة الرهن الذي هو حمل الوثيقة  
عند الطرف الآخر الموجب لوثوق الرهن بخدم تملك ربه ، فهذا النحو من  
المقود والذي يكون اللزوم فيه ذاتياً لا يجوز فيه اشتراط الخيار لأن اشتراط  
الخيار فيه مناف لحقيقة المعاملة .

الثاني - ما يكون اللزوم فيه حقيقياً وهذا كما في معاملة البيع دا وقت  
تقاب العقد ، والتعاهد فان كلا من المتعاقدين بواسطة وقوع ذلك العقد له الحق  
على صاحبه بالزامه بمقتضى ذلك العقد ومنه من الصبح .

وهذه الحقيقة لما كانت من العقد والتعاهد من كل منهما على ما اوقفاء ، ومن  
الواضح ان اللزوم في هذا القسم لا يكون ذاتياً لأن مبادلة الكتاب بالديار  
- مثلاً - على نحو المسطرة من دون عقد ، لا يكون لزوماً من مقتضيات ذاتها  
بل لكل منهما الرجوع فيما اوقعه ، ويكون برار تلك المعاملة هناك العقد ما  
عن الرجوع ، وفي هذا النحو من المعاملات لا مانع من اشتراط الخيار فيها ، لأن  
هذا الشرط لا يكون منافياً لذات المعاملة ، كما انه لا يكون منافياً للتعاقد عليه  
واقصى ما فيه انه يكون سبباً لاطلاق التعاقد ، وهذا حار في كل شرط ، فان  
الشرطية إنما تكون سبباً للاطلاق لا لذات الشرط .

الثالث - ان تكون اللزوم حكماً حيث يكون مجعلاً من الشارع المقدس  
ومعنى ذلك ان الشارع يحكم على خصوص معاملة ما بها لاختيار فيها لأحد المتعاقدين  
فيكون اشتراط الخيار في مثل هذه المعاملة محالاً للحكم الشرعي ، فلا يكون  
نافذاً . وهذا كما في باب النكاح فان عقده وان نصص حقيقة اللزوم ، وهو -

أن الضرر المتوجه على الزوجة في حال عدم قيام الزوج بحقوقها ليس مسبباً توليدياً عن نفس لوم الكاح لينتج بالحديث المذكور، إذ من المعلوم أن إحتبار الزوج دحيل في الدين، وسباق مزيد توضيح لذلك الوجه الثاني من الاستدلال بحديث بنى الضرر :

وهو الاستدلال بالحديث المذكور لاثبات الاحبار على لطلاق وعلى سلطة لحاكم الشرع عليه وتقريبه .

هو أن المستفاد من قوله **بأنه** الطلاق بيد من أحد الماسق (١) أن الزوج هو المسلط على ايقاع الطلاق ، وعلى عدمه وهذا الحكم . وهو سلطنته على عدم لطلاق صرى عن الزوجة مبنى بحديث - بنى الضرر - وتكون النتيجة أن الزوج لا يكون مسلطاً على عدم الطلاق ، بل يكون الطلاق لازماً عليه .

وفد يعترض أيضاً : بأن الضرر المتوجه على الزوجة لم يأت من

غير ما من اشتراط الخدر - كما عرفت في البيع - لا أن فيه ما آخر وهو الحكم الشرعي التعدي القاضي بأن الكاح لا يدخله المبيع والخدر لا في موارد خاصة ، وهذا الحكم الشرعي يكون ما من اشتراط الخدر لأحدهما على الآخر .

(١) هذا الخبر سوي وقد تعرض إليه المحقق الموري في استندرك باب ٣٥ وذكره صاحب الخواهر في أو ثل البحث عن الطلاق عند التعرض لطلاق من طلع عشرأ ، وأنه لو طلق وليه عنه لم يصح وكذلك ذكره في الحديث في مسألة عدم طلاق نولي عن الصبي . وذكره الشيخ في الخلاف في المسألة المفروضة ج ٢ ص ٢٢٣ . وعندنا احبار يدل على مضمونه . فمن شرط لزوجه أن يده الطلاق كقولها عليه السلام : أن على الرجل العفة ويده الجماع والطلاق .



ناحية سلطة لزوح على عدم الصلاق لينبى عند حصول الضرر ، بل جاء من جهة عدم قيامه بحقوق الزوجية - لما عرفت - في تقريب الاستدلال في إثبات اجبار من أن سلطته على عدم الطلاق في حال عدم قيام الزوج بحقوق لزوجته ضرر عليها فتكون لسلطة منقبة .

والجواب عنه : بأن المستفاد من قوله **يترجم** و **الطلاق** بيد من أحد المالك ، ليس جعل السلطة للزوج على كل من الوجود وانعدام بل لا يتعدى ذلك عن كون إيجاد الطلاق من حقوق الزوج الخاصة وانه لو أوجده لكان ولا مانع له منه حتى لو تضررت الزوجة بطلاقها منه بواسطة بعض لطواري . ، أما عدم الطلاق فليس هو إلا أنه ليس بواجب عليه ، فتدخل المسألة حينئذ في أنه لو كان عدم جعل الحكم موجبا للضرر يكون معاد حديث - نبي الضرر - مشرعاً لما يكون دافعا للضرر ، ولأرم ذلك انها لو تضررت من عدم الطلاق من ناحية أخرى لأم من ناحية عدم قيام الزوج بحقوقها يكون الصلاق واجبا .

لذلك كان الأولى في الجواب أن يقال :

ان حديث نبي الضرر إنما يجري في نبي الحكم الذي يكون ناقضه مولدا للضرر ، بحيث كان انضر مسبا توليديا للحكم ، أما مع فرض كون الضرر آتيا من عدم قيام الزوج بحقوقها فلا يكون مسبا إلا عن الزوج لا من الحكم الشرعي ، كما حقق في محله . من انه يشترط في الأسباب التوليدية أن لا يتوسط اختيار آخر ، وحينئذ فلا مورد فيما نحن فيه لحديث ( نبي الضرر والضرار ) .

ورما يعترض : بأن ما ذكرناه من اعتبار كون الضرر مسبا توليديا عن الحكم الشرعي ، أنه لو توسط في البين ، الاختيار من المكلف

لا يكون ( حديث نفي الضرر ) جارياً لعدم استناد الضرر الى نفس الحكم بل الى اختيار المكلف ، فينبى أن لا يجرى الحديث المذكور في الوضوء أو الصوم اذا كان مضرراً لأن الضرر إنما جاء من اختيار المكلف .  
ويجيب عن هذا الاعتراض : بأن هذا الاختيار من المكلف - أعني ارادته الوضوء ، أو الصوم - لما كان ناشئاً عن ذلك الوجوب كان الضرر مستقداً الى الوجوب ، فكان هو الموقع للكلف في الضرر فكان الوجوب سبباً توليدياً للضرر وكان الضرر مسبباً توليدياً عن ذلك الوجوب ، فكان حينئذ يصح أن يقال : أن ذلك الوجوب مضر بالمكلف ، وبذلك يكون مرتفعاً . وهذا بخلاف ما نحن فيه مما لا يكون الحكم الشرعى فيه الا محض عدم وجوب الطلاق عليه كي يكون الاضرار بالروجة امتثالاً له ليكون هو سبباً توليدياً للاضرار بها .

وعلى أى حال فإن المحقق يقتضى لنا أن نقول بإمكان الاستدلال بهذا الحديث الشريف لما نحن فيه من افتتاح باب الطلاق الاجبارى أمام الحاكم الشرعى حيث يتمسك بنفي الضرر على ذلك . لأن الزوج لو لم يقم بحقوق زوجته وأمره الحاكم الشرعى بالقيام بتلك الحقوق فامتنع عن ذلك ولم يتمكن الحاكم الشرعى من اجباره ، كان اصراره على ذلك من قبيل اصرار سمرة على الدخول لبنت الانصارى ، وحينئذ يكون مضاراً للزوجة ويدخل تحت كبرى قوله - ص - لا ضرار .  
ويفتح هذا باب الطلاق الاجبارى ويكون الامر دائراً بين اثنين .  
أما أن يجبره الحاكم الشرعى على الطلاق ليلخى سبيل الزوجة أو يتولى الحاكم الشرعى بنفسه ذلك ويجرى الطلاق جبراً عليه لو امتنع عن فك رباط الزوجية ولم يطلقها لكونه ولى الممتنع .

الاستشهاد بسيرة السلف الصالح :

لم يقتصر لعقباء - رحمهم الله - على إلزام الزوج بالطلاق على موارد العقدة فقط . بل تعدوا من ذلك الى كثير مما ادعيته من توسعة الارام المذكور الى بقية الحقوق التي هي للزوجة على زوجها . ومن ذلك ما صرح به المحقق القمي - قدس سره - باللعنة الفارسية في كتابه جامع الشتات ما ترجمته :

أن حقوق الزوجة هي : أن يؤمن الزوج نفقتها ، وكسوتها . طبقاً لما نص عليه الشريعة المقدسة ، وأن لا يشاكس معها بدور وجه شرعي ، وأن لا يؤذيها . ولو تخلف الزوج عن حقوق زوجته وطالبت الروجة فلم تر نفماً رجعت الى الحاكم الشرعي ، ويلزمه بعد ثبوت ذلك عنده ويحبره على الوفاء بحقوق زوجته ويعزره ان تخلف ، واذا لم ترض الروجة بالبقاء على تحمل مشوز الزوج يتدخل الحاكم الشرعي ليلزم الزوج بالوفاء بالحقوق ، أو بالطلاق . وهذا الاجبار لا ينافي صحة الطلاق .

وأما صاحب الجواهر - رحمه الله - فقد ذكر في مسألة الجمع بين الاحتين فيما لو اشتباه عقد المقدم منها ما يلي :

« ولو اشتباه السابق ولم يكن ثمة ما يشخصه - ولو علم التأريخ بناء على الحكم متأخر المجهول عن المعلوم - أقرع في وجه قوى ، وإن لم أجد من ذكره هنا ، نعم في الفواعد الاقرب إلزامه بطلاقهما لأن الواجب عليه الامساك بالمعروف ، أو التسريح باحسان . ولم يتمكن من الاول فيتعين عليه الثاني ، فاذا امتنع ألزمه الحاكم به كما في كل من

وجب عليه أمر فامتنع منه ولزم الحرج على المرأتين ، ولعل غير الأقرب احتمال العدم واحتمال فسخا وفسح الحاكم وطلاهما ، (١) ومثل ذلك ما صرح به الفقيه الطباطبائي - رحمه - في عروته حيث قال :

« لو تزوج بالاحتين ولم يعلم السابق واللاحق ، فإن علم تأريخ أحد العقدين حكم بصحته دون المجهول ، وإن جهل تأريخهما حرم عليه وطؤهما وكذا وطء إحداهما إلا بعد طلاقهما ، أو طلاق الزوجة الراية منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى عن العدة إن كان دخل بها أو هما ، وهل يجبر على هذا الطلاق دوماً لضرر لصبر عليهما لا يعد ذلك لقوله تعالى : « فمساك بمعروف ، أو تسريح أحسن ، وربما يقال : بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره وأنه يمين بالقرعة ، وقد يقال إن الحاكم يفسح بكاحهما ، (٢) .

بما تقدم عرفت أن الفقهاء - رحمهم الله - لم يقتصروا في الإحمار على الطلاق على التفسير بالمعنى بل توسعوا فقالوا بذلك في كثير من الموارد كما مر عليك .

وأما بيان تكليف الحاكم الشرعي بعد الرجوع اليه وعدم فائدة إجباره للزوج المقصر على الطلاق فهذا - كما تقدم - يستفاد من ولاية الحاكم الشرعي على الممتنع ، حيث يكون له أجره مثل هذا الطلاق ولما تقدم بيانه من الأدلة التي استفاد منها شيخنا الأستاذ - دام ظله - توسعة صلاحيات الحاكم الشرعي إلى مثل هذه الموارد - مضافاً إلى أنه

(١) الخواهر - كتاب النكاح - مسألة تحريم الجمع بين الاحتين .

(٢) العروة الوثقى - كتاب النكاح - مسألة ٤٣

لا خصوصية للاتفاق ليقصر اجراء الطلاق جبراً عليه بل إن الحكم في الآية الشريفة جار في جميع حقوق الزوجية والتي منها المضاجعة والوطء بعد الأربعة أشهر ، فيدخل فيه العين الذي وطأ امرأته مرة واحدة ثم طرأ العن فان مثل هذه المرأة وإن ورد فيها ( من انهما متى ابتليت فتصير ) إلا أن المراد بذلك هو التصبر عن الفسخ وذلك لا ينافي وجوب الطلاق على الروح لأنه بعد فرض عدم يمكنه من الإمساك بمدة وف الذي هو القيام بمقتضاها كاملة والتي منها الوطء في الأربعة أشهر مرة فلا بد من أن يكون الطرف الآخر عليه واجباً عليه وهو التبرج باحسان ، وعلى فرض نخرج من ابتلي زوجها بالعن بعد الوطء ونحكم ( انهما متى ابتليت فتصير ) فيها فان ما عمن فيه غير ذلك المورد للفرق بينهما ، فان من ابتلي زوجها بالعن يقوم زوجها بجميع شؤون الزوجية من المضاجعة وغيرها ولكنه لا يقدر على الإيلاج لما بتلي به من مرض العن الطاريء ، أما هذه المهجورة فقد حرمت حتى من المضاجعة وتركزت الى غير مأوى ، فالفرق بينهما واضح إذأ فيدور أمر الزوج بالنسبة الى زوجته بين أمرين :

فأما القيام بالشق الأول - وهو الإمساك بمعروف .

أو اختيار الطرف الآخر - وهو التبرج باحسان .

من غير فرق بين موردى الاتفاق وغيره أد لا خصوصية للأول لنوجب تقديمه على غيره وعند عدم اختيار الزوج لأحد هذين المسلكين يتدخل الحاكم الشرعي ليجري الطلاق نفسه ولو لاحظنا صاحب الجواهر - رحمه الله - في موارد العديدة لما رأينا يقف مكتوف اليد بل قد توسع ووسع سلطة الحاكم الشرعي في موارد منها . مورد المأياة من كتاب

القسمة من باب التجارة حيث تكون قسمة الشيء ممتعة كالجوهرة والسيف وما شاكل فانه قال فيه بلزوم ايجاز ذلك الشيء ان كانت له أجرة جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر وأخيراً يقول : ولعل ذلك من السياسات ، اذ فقد فتح صاحب الجواهر وكثير من الفقهاء باب البيع القهرى في قبال قاعدة السلطنة على المال وبذلك يمسكسا فتح باب الطلاق الاجبارى في قبال قوله **يُجِبُّ** : الطلاق بيد من أخذ بالساق ، في صورة هجر الزوجة وعدم قيام الزوج بكامل حقوق زوجته وليعتبر هذا من السياسات أيضاً ، وفي قضية تحريم التناكح من قبل السيد الشيرازى - قدس سره - خير شاهد على ما نقول .

### مدى امكانيات الحاكم الشرعى :

ولا بد لنا من معرفة مدى امكانيات الحاكم الشرعى في سلطته بالنسبة الى اجراء الطلاق جبراً على الزوج وهل أن صلاحياته مطلقة في ذلك أو هي مقيدة بقيود خاصة والتي منها موضوع ضرب الاجل للزوج ؟ اذ لعله يثوب الى رشده فيعود الى حياته الزوجية ، وعلى تقدير الاجل فما مقداره ؟

### الزوج معلوم المحل :

وفي هذه الصورة فلا بد للحاكم الشرعى من التزيت وعدم التسرع باجراء الطلاق بمجرد دعوى الزوجة تقصير زوجها بالنسبة لحقوقها المفروضة عليه ، بل لابد من تبليغه بدعوى زوجته عليه ، وحينئذ فتكون هذه الدعوى كبقية الدعاوى التي تعرض عليه ، وعند حضوره

وعجزه عن ابطال دعوى زوجته لاند للحاكم من أعمال صلاحياته في هذا المورد من اجراء الطلاق جبراً عليه ، هذا فيما لو امتثل وحضر مجلس الدعوى وكان طرفاً آخر يفند ما تدعيه زوجته أو يعجز عن ذلك وأما لو لم يحضر فلا بد من ضرب الأجل له ، وليس لذلك أمد معين بل هو موكل الى نظر الحاكم الشرعى وهو الذى يقدر ذلك وبلا حظ ظروف القضية آخذاً بعين الاعتبار ظروف كل من الزوجين .

#### لو كان الزوج مجهول المحل :

أما لو انقطعت أخبار الزوج وجعل محله بيد شخص هذا تحت عنوان المفقود ، فيشمله أخباره التى تصرح بالانتظار لمدة أربع سنين كما مر فيما تقدم من صحيح الحلبي في قوله **بأنه** : « المفقود اذا مضى له أربع سنين » .

وفي خبر أن الصباح « في امرأه غاب عنها زوجها أربع سنين » وهكذا الحال في بقية الأخبار المتعرضة لحكم المفقود ، ونشاء على ذلك فيكون الانتظار ضمن هذه المدة من الأحكام التبعية في خصوص الغائب الذى لم يثر عليه .

#### طرق التبليغ الحديثة :

والآن وحيث عرفنا أن الزوج لابد من تبليغه وإحضاره ليدافع عن نفسه ، فهل تمكن الطرق الحديثة في التبليغ كالإذاعة والصحف والمجلات وما شاكلها لا يصال الخبر اليه أو لا يكفى ذلك ، بل لابد من تحرير الرسائل اليه ، أو إرسال شخص يقابله فيبلغه بالخبر ما دام أنه

معروفا محل الإقامة والعنوان .

ولا يرى شيخنا الأستاذ - دام ظله - فرقاً بين كيفية الفحص وطرق الاتصال وبين ضرب الأجل فكلاهما موكول الى الحاكم الشرعى لاختلاف العائنين في نظره من جهة وصول التبليغ اليهم ، قرب شخص له مركزته المرموقة وهو ممن يتصدى لاستماع الأحبار ومطالعة الصحف اليومية ، وهكذا المجلات لذلك يكون التبليغ بواسطة هذه الطرق الحديثة كافياً ، ورب شخص نراه مبدأً عن هذه العوالم ، ولذلك فلا بد من تحرير الرسائل اليه ، أو ارسال شخص يتكفل بإيصال الخبر اليه ، وحينئذ فلا تنفع هذه الطرق الحديثة بالنسبة الى هذا الشخص ، إذا فالموضوع موكول الى الحاكم الشرعى من حيث تقدير الظروف التي تخص الزوج في مثل هذه المقامات .

هذا كله في النقطة الأولى من الآثار المترتبة على تحسف الروح . وقد عرفت أن شيخنا - دام ظله - مسح المجال أمام الحاكم الشرعى لاجراء الطلاق جبراً على الزوج .

ولكن لزوجة لو لم ترغب في هذا الاجراء بأن قبلت البقاء مع ذلك الزوج على مثل هذه الحالة فهل لها في الاحلال بحقوقه عليها مقابلة له بالمثل كالسفر بدون إذنه أو الخروج من داره بدون رحمة منه أو عدم مطاعته في نلبه شيء مما يصره عليها وما شاكل ذلك مما يعتبر خرقاً منها لحقوقه عليها ؟

ولم يجد شيخنا الأستاذ - دام ظله - من تعرض لهذه الجهة بالصراحة وكان الأنسب ذكرها في شوز الزوج إلا أنهمقتصروا على مجرد ذكر ما لو نشر الزوج فلس لها هجره ولا ضرره كما كان الحال على



العكس لو نشرت هي .

بهم في الجواهر ذكر - رحمه الله - في باب الفقة عند تعرضه لبيان أن تمكين الزوجة شرط فيها أو أن انشور مانع منها تعرض لمثل هذا فقال : « من رعا يشم قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء ، ما يشبه معاوضة الاستمتاع ، لا يفاق على نحو ما ورد من الاتفاق على الدانة عوض ما يستوفيه من مافع ظهرها كما أنه يشم من تعرض بيان حق كل منهما على الآخر مقابلة كل منهما لصاحبه » - انتهى - .

وعليه فلو كان هناك ما يشبه المعاوضة بين الاستمتاع والاتفاق لحيثد بهم منه أنه لو تخلف عن تأدية حقوقها عليه كان لها التدخل عن تأدية حقوقه عليها للمقابلة المذكورة .

إلا أن الصحيح أن قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء » مما فضل الله بعضهم على بعض وعما أفقر من أموالهم ، (١) .

لا صراحة فيه على أن ما يفاض الاستمتاع هو بذل الفقة بل لعل المراد منه هو المهر الذي بذله الروح لزوجته لذكر في آيات الاحكام للجز ثرى ذكر رواية تدل على أنه المهر ، وأخرى تدل على أنه الفقة وليس بعيد أن يكون المراد هو الأعم ، إلا أن الأعمية لا تدل على المعاوضة وأن بذل المال عوض القوامية بل لا يبعد القول بكونه أعم بذل المال حكمة في القوامية والولاية لا علة .

وأما أخبار الحقوق والتي تعيد لمقابلة بين الحقين كما يدعيه فليس فيها ما يندل على ذلك على وجه لو أحل أحدهما كان للآخر الاحلال بحقوق صاحبه .

ولكن يمكن القول بأن استفادة العلية القاضية بالمقابلة الموجبة لسقوط عقد عند عدم قيامه بذل النفقة غير بعيدة ، إلا أنها إنما تؤثر في ناحية الاستمتاع والتمكين دون القوامية التي هي من منسح الولاية الموجبة لعدم جوار خروجها فلا إدر منه فلا يكون بذل النفقة إلا من قبيل الحكمة في جعل هذه الولاية لأن الولاية حكم شرعي غير قابل للمعاوضة .

إذا فتيين أن الآية الشريفة والمصرحة بالقوامية لادلالة فيها على كون القوامية بعرض المال المبنول من قل الزوج نفقة كان أو مهرأ بل أقصى ما فيها هو أن الشارع المقدس جعل سلطة الزوج على زوجته وحكمة هذا الجعل والتشريع لا علة له هو أنه قد بذل المال ، ومن المعلوم أن الحكمة لا تكون موجهة لتقييد السلطنة بالبدل المذكور ، بل هي منسح ولاية خاصة عليها ، وحتى لو قلنا بثبوت المعاوضة كما يقوله في الجواهر لما كان ذلك دالا على أنه إذا قصر في نفقتها أو في أداء مهرها فلها الامتناع من التمكين في الاستمتاع أو الوطء ، وعليه فلا حق للزوجة في تقصيرها بحقوقه إذا قصر بحقوقها بل يجب على كلا الطرفين القيام بوظيفته التي قررها الشارع المقدس عليه .

# الشوارع المفتوحة من قبل الدولة

موضوع البحث ، لأرض المفتوحة عمود ، العامر من  
الأرض ، تعقيب ، الخلاصة ، معاملة الإمام والعقيد للناس  
في هذه الأراضي ، التصرفات النافذة ، الأفعال ، خلاصة  
شاملة وعود إلى الموضوع الأصلي ، التوجه المذكورة  
لتصحيح العور ، المساحد الواقعة في الشوارع ، ما هي  
المسجدية ، الفرق بين المسجد والوقف على المسلمين  
البيع والكناش وما ينتمى ، البيع والكناش عند  
الإسلام ، مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع .



### موضوع البحث :

وينحصر فيها تستملكه الحكومة جبراً من الدور والمحلات العائدة لأصحابها ونهدمها لجعلها شوارع لعبور الناس ومرورهم .  
وعليه فما يكون حال هذا العبور في مثل هذه الشوارع المستحدثة وكذا بقية الانتفاعات الممكنة من فصلات الدور أو الخوايت التي استملكت لهذا الغرض .

وبما أن لبثنا هذا الصلة القوية بالبحث عن حقيقة الأرض من حيث كونها من الأراضي الخراجية المفتوحة عنوة أو من الأنفال ، فلا بد - والحالة هذه - من التطرق ، وعلى سبيل التمهيد عن حال هذه الأراضي لتعرف الحكم في عامة الانتفاعات من موضوعنا الأصلي وهو الشوارع المستحدثة من قبل الدولة .

### الأرض المفتوحة عنوة :

وهي الأراضي التي فتحها الجيش الإسلامي وقد عرفت في بلغة الفقيه بإيجاز : ( وهي المأخوذة بالقهر والغلبة المستلزمة للذل والخصوع ومنه قوله تعالى : وعنت الوجوه للحي القيوم ) (١) .

وطبيعة الحال أن ما فتحه الجيش الإسلامي ينقسم إلى قسمين :  
قسم منه يكون عامراً يوم الفتح .  
والقسم الآخر يكون خراباً .

أما القسم الثاني فهذا يدخل فيما عدى العامر من المفتوح عنوة بما يشمل عنوان الأنفال ، وسيأتي البحث عنه .

وأما ما كان عامراً منها :

فقد احتار السيد - رحمه الله - في بلغته بأنها ملك للمسلمين قاطبة ولمن يدخل في الاسلام ولمن يوجد بعد ذلك بالسوية من غير تفاصيل بينهم فصلاً عن التخصيص بمن قاتل منهم وعلى هذا جرى غير واحد من فقهاءنا - رحمهم الله - .

ومن اختار هذا الرأي فقد استدل عليه بأمرين :

الاول - الاجماع .

الثاني - الاخبار .

أما الاخبار ، فهي كما يلي :

١ - صحيحة الحبي عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : مثل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته ؟ فقال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد ، فقلنا الشراء من الدهاقين قال : لا يصلح إلا أن يشتري منهم على أن يجعلها للمسلمين فان شاء ولي الامر أن يأخذها أخذها . قلنا : فان أخذها منه ؟ قال يرد اليه رأس ماله وله ما أكل من غلتها بما عمل ، (١)

٢ - صحيحة ابن ربيع الشامي : « لا تشتروا من أرض السواد شيئاً - الى أن قال - : فانما هو في المسلمين ، (٢)

٣ - خبر محمد بن شريح : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الارض من أرض الخراج فذكره وقال : إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فاته يشتريها الرجل وعليه حراجها فقال لا بأس إلا أن يستعي

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب التجارة حديث ٤

(٢) نفس المصدر حديث ٥

من عيب ذلك» (١)

ولا يحى أن وجه الاستحياء هو التكفل بالخراج كما يفعله أهل الذمة .  
٤ - صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي ردة بن رجا : قال : قلت  
لأبي عبد الله عليه السلام : كيف ترى في شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن  
يبيع ذلك وهي أرض للمسلمين ؟ قال : قلت : يبيعها الذي هي في يده  
قال : ويصع محراج المسلمين ماذا ، ثم قال : لا بأس أن يشتري حقه  
منها ويحول حق المسلمين عليه ولعله يكون أقوى عليها وأملأ محراجهم  
منه » (٢) .

٥ - رسالة حماد الطويلة عن أبي الحسن الأول عليه السلام : « الأرضون التي  
أخذت عنوة بحين أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يملكها ويحببها  
ويقوم عليها على مصالحهم الوالي على قدر حاجتهم من الخراج التصف  
أو الثلث أو الثلثان على قدر ما يكون لهم صلاحاً ولا يضرهم فإذا خرج  
مها ثمنها فأخرج منه العشر من الجميع فيما سقت السماء أو سقى مسجداً  
ونصف العشر فيما سقى بالدوالي والواضح فأحده الوالي ووجهه في الوجه  
الذي وجهه الله له على ثمانية أسهم يقسم بينهم في مواضعهم بقدر ما  
يستغنون في سنتهم بلا ضيق ولا تقصير فإن فضل شيء في ذلك رد إلى  
الوالي وإن نقص شيء من ذلك ولم يكتفوا به كان على الوالي أن  
يعونهم من عنده بقدر حاجتهم حتى يستغنوا ، ويأخذ «مداً يبق من العشر  
فيقسمه بين الوالي وشركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها فيدفع إليهم  
أنصبتهم على ما صالحهم عليه ، ويأخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق

(١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب المتحارة حديث ٩

(٢) الوسائل الباب ٧١ من أبواب الجهاد حديث ١

أعوانه على دين الله وفي مصدحة ما يورثه من تقوية الاسلام وتقوية الدين وفي وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة ، وليس لنفسه من ذلك القليل والكثير ، (١)

وأخيراً عقب السيد - رحمه الله - في بلغته بعد هذه الأخبار بقوله :  
« والظاهر أنها لهم على جهة الملكية كما عن صريح بعض لمكان اللام  
والإضافة الظاهرين فيها لا على وجه الاختصاص » ، (٢)

إذاً فعلى هذا الرأي تكون الأراضي العامرة يوم الفتح ملكاً  
للمسلمين الموجودين في ذلك الوقت ولم يبدل ويوجد بعد ذلك بالسوية  
من غير تخصيص بمن شهد القتال أو لم يقاتل معهم .

ولم يكن شيخنا الأستاذ - دام ظله - لم يوافق هؤلاء في ما ذهبوا  
إليه من الملكية الصرفة لذلك ناقش الأخبار المتقدمة بأنها وإن اشتملت  
على ما يكون في حد نفسه للبلك والاختصاص كما في التعبير عن ذلك  
( باللام ) أو لإضافة إلى المسلمين إلا أن ما جاء في رسالة حماد الطويلة  
المارة الذكر لا يساعد على ذلك لقوله **يَوْمَئِذٍ** فيها - فهي موقوفة متروكة  
في يد من يعمرها -

وعيننا ملاحظة هذه الرواية من جهات ثلاث للاستدلال بها على  
ما نريد من عدم الملكية الصرفة للمسلمين :

الأول - ما تنفيه الرواية وما تدل عليه .

الثاني - إرمال الرواية .

الثالث - معارضتها للأخبار المصرحة بالملكية للمسلمين .

(١) الوسائل الباب ٤٦ من أبواب الجهاد حديث ٢

(٢) بلغته الفقهية ص ٤٧



إما دلالتها - فإن من التعبير السابق تتمكن أن استفيد أن المسألة ليست من باب الملكية لصرفه ولا من باب الاحتصاص بل ولا من باب الوقف المصطلح الشرعى ، بل أن الأمر على خلاف هذه الأمور وليس في الدين إلا أن هذه الأرض تنق على حالها ويكون ريعها للمسلمين ، أما نفس الرقة فيمكننا القول بأنها ليست موقف ولا ملك ولا غيرهما بل لا يكون حالها إلا كحل الاعيان الشخصية كالدار اذا كان الميت قد أوصى بإعصار ثلثه فيها وإبقائها ليصرف وأردها في حمت قد عينها ، غير أن مثل هذه الأرض والدار بقول أنها باقية على ملك الميت . والأراضي الخراجية لما خرجت بالفتح عن ملك أربابها كانت باقية بحالها بلا مالك . ولا ضمير في بقائه لمن اذا كانت منافعها ترجع الى أناس معينين وذلك هو المنحصر من مجموع الإحبار الواردة والسيرة على التصرفات في الأرض من الخلفاء الذين أجرى امتثالهم في الأمور على طبق جملة من تصرفاتهم فيها وهناك رأى لشيخنا الأستاذ - دام ظله - بأن مثل هذه الأراضي تكون مملوكة للجهة المذكورة وهي الجهة الإسلامية سواء على ما حرره في ملكية الجهات الخيرية للاعيان الراجعة اليها .

وأما إرسال الرواية - لم يرى شيخنا - دام ظله - بأساً في ذلك وتعبيرهم بمرسله لأن عمل الأصحاب بها يكون جابراً لها ولا يكون الإرسال المذكور موجباً لتوهمينها وإلى ذلك أشار السيد في طبعته بقوله : ( وهي وإن كانت مرسلة إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول فهي منجزة ) وأما معارضتها مع بقية الأحبار - والتي تصرح بأن الأرض ملك للمسلمين كما صرحت به الأخبار المذكورة فالصحيح عدم المعارضة

ويوجه شيخنا عدم المعارضة : بأن المقصود من ملكية المسلمين في لسان الروايات الشريفة هو ما يده من بقاء الأرض على حالها وأن ربحها للمسلمين لأن رغبة الأرض تعود لهم على نحو الاشاعة بينهم ما كان منهم موجوداً ومعدوماً فإن ذلك لو سلمنا معقولته بالنسبة إلى الطبقات المعدومة فعلا حيث تأني ، ولو بعد آلاف السنين ، إلا أنا لا نتمكن من الالتزام به من لزوم لاشاعة بينهم القاضى بكون المانع كذلك بأن تكون المانع مشاعة بين قاطبة المسلمين كنفس الرقبة وهكذا الحان في دعوى كونها موفوفة على المسلمين بالمعنى الاصطلاحي للوقف والآن ، وبعد أن عرفت معنى الملكية للمسلمين بالنسبة إلى هذه الأراضي المفتوحة أو للجهة الإسلامية - كما يباء - فلا بد من النظر إلى التصرفات التي تطرأ من المسلمين أنفسهم على رغبة الأرض بعد أن كان الجميع مشتركين فيها وأن الجهة هي المسؤولة عن ذلك أما ما يرجع إلى :

#### التصرفات غير النافذة .

كالباء والزرع وشق الأنهار وتعميرها وما شاكل ذلك مما لا يكون محققاً للقل والانتقال فالصحيح أنه لا يجوز إلا بأذن من له الأذن في أمثال ذلك ومن البين أنه هو الامام عليه السلام في زمن الحضور والفقيه الجامع للشرائط في زمن الفقيه كما سيتضح ذلك إ شاء الله . وأما :

#### التصرفات النافذة :

كالباع وما شاكله مما يكون محققاً للقل والانتقال فقد احتار السيد في بلفظه المنع منه إلا إذا كانت هناك آثار قد أحدثها من يده الأرض

من بناء أو غرس أو شبيبها وحيثد فيتوقف البيع على تحقيق جهة واحدة  
وهي أن مالك الآثار يكون مالكا لنفس الأرض بالنبيع أو لآلة  
فإن قنا بالملكية التبعية صح البيع من يده الأرض .

وأما لو لم يقل بالملكية التبعية فلا يد من لتوقف في ذلك  
والاقتصار على النوع لاول من التصرفات وهي التصرفات غير النافذة .  
أما من قال بالملكية التبعية : فقد استدل على ذلك بدليل :

الاول - أن القول بالملكية التبعية هو مقتضى الجمع بين الاحبار  
حيث دلت طائفة على المنع من البيع ، سيما دلت الاخرى على الجواز  
والجمع بين هاتين الطائفتين يقتضى حمل الاخبار الماسة على البيع المجرد  
عن الآثار أما الاخبار المجردة فنحمل على البيع بعم الآثار .

الدليل الثاني - السيرة العقلانية القائمة بين الناس على البيع والشراء  
ووقفها مساجد ومدارس وما شاكل وما ذلك إلا لان الأرض تكون  
ملوكة لمن أحدث فيها آثاراً .

ولم يكن السيد بحر العلوم - قدم سره - أشكل على هذا الدليل في  
بلغته بأن السيرة العقلانية على عهدة مدعيها - أولاً - سيما في غير الدور  
والمقارنات كالمزارع ومحوها وثانياً - أن السيرة المذكورة لا تفيد أكثر  
من حق الاختصاص والأرولية بالتصرف في الأرض لمن له الآثار فيها  
فاذا بيعت الآثار المملوكة لايها لحق المشتري ما كان للبايع في نفس  
الأرض من حق الاختصاص والاحقية بالتصرف ولأجل هذه النقطة  
الدقيقة رى السيد - رحمه الله - استشكل في الأوقاف العامة كالمدارس  
والمساجد لأن الغرض الاصل من وقفيتها متعلق بالأرض ولذا ذكر  
أن ما يقضنا من هذا الاشكال المذكور أحد أمرين : فأما أن يقال بقاء

الملكية التابعة بعد زوال الآثار ، وحيتد فيصح القول بقاء ذلك على مسجديته ووقفه . وأما بناء على رواها بزوال الآثار حيث لا بد من رجوعها بعد زوال الآثار الى ملكية المسلمين العامة فيوجه ذلك على أحد طرق ثلاثة بينها السيد في ملته ص ٥٩

الأول - أن المساجد والأوقاف الموجودة في الأراضي المفتوحة عنوة مما يشك بالخصوص أن أراضيها كانت عامرة عند الفتح حتى يملكها المسلمون والأصل يقتضى عدمه .

ويرد على هذا الوجه - أن الشك المذكور لا يدفع الاشكال فيما علمنا أنه كان عامراً يوم الفتح من المساجد والأوقاف .

الوجه الثاني - أن اليد الوعبة - كاليد الشخصية فيكون عنوان المسجدية - مخرجاً للأرض عن ملكية المسلمين العامة كما اذا رأينا شخصاً بيده أرض خراجية مما يعلم كونها عامرة يوم الفتح وكان قد تصرف فيها تصرف الملاكين ، بأمرهم فان يده تكون إماراة على الملكية له وإن لم يعلم السبب في كيفية ملكه لها .

والرد على هذا الوجه - أن ذلك يتم فيما لو فتحنا الطريق لتلك الأرض الخراجية التي كانت عامرة حين الفتح ولم يبين ذلك فيما ذكره .  
الوجه الثالث - أن هذه الأرض لو كانت من العامر حين الفتح فهذا الشخص يملكها ولكنه لا دائماً بل اذا زالت آثارها منها خرجت عن ملكه . وأما لو كانت موانأ حين الفتح فهو قد ملكها بالاحياء ولا تزول ملكيته بزوال الآثار والآن وحيث ذهبت الآثار نشك في بقاء الملكية فنتصحب الملكية المرددة بين المملكتين فيثبت أنه الآن ملك ولو زالت آثاره عنه .

وقد أشكل السيد نفسه على هذا الوجه الثالث :  
أنه موقوف على امكان تملك الأرض الخراجية ولو تبعاً . مع  
أنه لم تثبت الملكية حتى التبعية وأقصى ما في البين أنه على تقدير كونها  
عامرة حين الفتح يكون لمن هي بيده حق الاختصاص في تلك الأرض  
لا الملكية حيث قال : « إن هذا الوجه الأخير لا يتم على ما احترناه  
من عدم ثبوت غير حق الاختصاص » .

وأشكل شيخنا - دام ظله - على هذا الوجه أيضاً :  
أنه لو تم لكان استصحاب الملكية من قبيل استصحاب الكلي  
المردد بين مقطوع البقاء والارتفاع وهو ليس بحجة كما تعرض إليه  
شيخنا في مباحث الاستصحاب (١)

(١) الاستصحاب : مأخوذ من المصاحبة لفة .  
وقد عرفه الاصوليون شعاريف عديدة لمها ترجع وتزمر الى معنى واحد  
وهو إبقاء ما كان - كما صرح به الشيخ الأنصاري رحمه الله - أو هو الحكم  
ببقاء حكم أو موضوع ذي حكم شك في بقاءه .

وحجة لاستصحاب ثبوت من المقتضى والنقل في الجملة .  
وقد قسم الى تقسيمات عديدة منها تقسيم استصحاب الى كلي وشخصي  
وتفصيل ذلك ان المنيع تارة - يكون الشك في بقاءه من جهة حصول الشك في  
بقاء ذلك الفرد ومثال ذلك ما لو علمنا بوجود زيد في هذه الدار صباحاً وفي  
امساء حصل لنا الشك في بقاءه وعدمه وفي هذه الصورة يجري الاستصحاب  
للكلي وهو كلي الاسر الذي كان موجوداً في صومر زيد كما يجري استصحاب  
هس الفرد الذي هو زيد فلك ان ترس آثار الكلي وهو الاسر أو آثار الفرد  
وهو زيد .

وثانية - يكون الشك في تبيين ذلك الفرد لتردده بين فردين - احدهما -

مقطوع البقاء والثاني مقطوع الارتفاع وعمل بذلك الحشرة الصغيرة التي لا طافه  
ها على البقاء لأيام عديدة والحيوان الكبير - كالغزال - مثلاً حيث يتحمل البقاء  
لأيام عديدة في محل خال من معدات الحياة •

فبعد مضي الأيام لو حصل لنا الشك في البقاء ، ما أمكن استصحاب الفرد  
لعدم القطع ، كما لاستصحاب بقاءه ، وعدمه فلو كان الحيوان الكبير لاستصحاباً  
بقائه ولو كان موجوداً سابقاً هو الحشرة الصغيرة لقطعاً بعدم بقاءه •

أما استصحاب الكلبي وهو كلي الحية ان لو كانت هناك آثار خاصة تترتب  
عليه فقد وقع الخلاف فيه فالخص من العلماء أجاب بها عنه آخرون •

وثالثة - يكون الشك من جهة الشك في قيام فرد آخر مقام ما كانت  
موجوداً سابقاً مع القطع بارتفاع ذلك الوجود السابق وهذا كما في المثال المتقدم  
بعد المبعوث الحيوان الصغير ولكن الشك انه عدم موته من حصل بمكانه الحيوان  
الكبير او لا ؟

وفي هذه الصورة لا يجوز استصحاب كلي الحيوان ولا الفرد الخاص من  
الحيوان الصغير او الكبير ، ما الفرد فللقطع بارتفاع الأول والشك في حدوث  
الثاني ومنه يظهر عدم حوار استصحاب الكلبي لأن الكلبي قد ارتفع أيضاً بارتفاع  
الفرد الأول ويشك في حدوثه في ضمن الفرد الثاني فلا مورد لاستصحابه ، وما  
يخص فيه - من قبيل القسم الثاني - وذلك لأن هذه الارض التي تحت يدي هذا  
الشخص إن كانت طامرة حين الفتح كان مالكا لها ، نعم للملكية بالآثار التي أحدثها  
فإذا زالت الآثار زالت الملكية • ولو كانت حراماً حين الفتح وقد أحيها ، هذا الذي  
تكون بيده فهي من الأبدل وهي تلك الأحياء فتكون ملكه على هذا مرددة بين  
مقطوع البقاء - لو كانت الارض مواتاً وقد أحيها - او مقطوع الارتفاع -  
لو كانت الارض طامرة على التسمية - ولذلك لم يجر الاستصحاب كما تقدم به •

تعقيب :

لا يبحى أن القول بالملكية التبعية متفرع - على ما ذكره السيد في  
السفة - في الجهة الأولى وهي عدم جواز التصرف في هذه الأرض من  
العامة وبحرها من البناء والمفروسات إلا بالأذن فإن لازم الأذن في  
تعمير هذه العرصة داراً هو كون المعمار مالكا لنفس الأرض عندما يحدث  
التعمير فيها وفي الحقيقة يكون الأذن تعميرها داراً منجلاً الى تملكها  
بالمهارة فيها فإذا ملك نفس العين بما لها من الآثار ولو تبعاً صح له بيعها  
ويكون الحاصل أن الأذن بالمهارة ذات الأعيان عبارة أخرى عن الأذن  
بالتملك ولو تبعاً لآثاره التي أحدثها فيها من البناء والمفروسات وحيث  
يكون مالكا للعين فيصح له البيع . نعم الأذن في تعمير هذه الأرض  
بجعلها صالحة للزراعة مثلاً بجرثا وكري أهارها لا تكون لازمة الأذن  
في الملك لأن هذا النوع من المهارة ليس من الأعيان المملوكة كي تكون  
الأرض تابعة له في الملكية .

هذا تمام البحث في الاراضى العامة يوم الفتح .  
وأما ما كان من الاراضى خراباً يوم الفتح وقد فتح عوة فسيأتى  
البحث عنه كاملاً عند التعرض لحال الانفال وان مرجع ذلك كله الى  
الامام عليه السلام .

الخلاصة :

أن هذه الارض العامة يوم الفتح يكون مرجعها الى الامام من  
جهة التصرف بها سواء قلنا بأنها ملك للسليين أو انها وقف عليهم

أو اعتبارها ملكاً للجهة الإسلامية فإن ولاية التصرف في جميع ذلك تكون إلى الإمام (عليه السلام) في زمن الحضور وإلى الفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة.

معاملة الإمام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي.

ويكون هذا السؤال نتيجة ذكر الخلاصة المتقدمة فكيف تكون معاملة الإمام أو نائبه للناس في هذه الأراضي التي استولى عليها ومقتضى القاعدة الأولية هو أن يماثل الإمام (عليه السلام) من يعمل في هذه الأرض معاملة الملاك مع فلاحهم، ولتأخذ على سبيل المثال الأرض الزراعية موضوعاً لحثنا فنقول: إن الإمام يكون حكمه حكم المالك لهذه الأرض وهو بدوره يقوم بمزراعة الشخص الذي أقدم على هذه الأرض فيزاعه على حصة خاصة كما تضمنته رسالة حماد المتقدمة في قوله (عليه السلام):

«ويأخذ ما يبقى من العشر فيقسمه بين الوالي وشركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها فيدفع اليهم أعضاءهم على ما صالحهم عليه ويأخذ الباقي فيكون أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام إلى آخر الرسالة».

ومثل هذا ما جاء في صحيحة البرقي من قوله (عليه السلام):

«وما أخذ بالسيف فذلك للإمام يقبله بالذي يرى كما صنع رسول الله (صلى الله عليه وآله) بحير قبل أرضها ونعلها» الحديث.

إذاً فالموضوع يماثل إلى طر الإمام في زمان حضوره وإلى الفقيه في زمان غيبته وهو الذي يتعاقد مع الشخص تبعاً للمصلحة إلا أن هناك طريقة أخرى جرى عليها المتعلون فأخذوا يقدرون مقداراً



معينا أطلقوا عليه اسم (الحراج) فأحدوا ذلك ويكون الباقي لمن بيده الارض وقد أمضى أئمتنا (ع) ذلك .

ولكن هذا الامضاء لا يتعدى كونه تقيّة أو محافظة على كيان الاسلام أو لاجل التسهيل على شيعتهم أو غير هذا وذاك .

وليس الكلام في هذه الخصوصيات فقد مضى الامر بما فيه وعلينا ملاحظة الحال فعلا لتصحيح أعمالنا وتبين تكليفنا اليوم ونحن في غير زمان الحضور .

وحيث كان المرجع في هذا الزمان هو العقبة الجامع للشرائط فلا بد من مراجعته لانه ولي التصرفات في مثل هذه الامور ولا بد لمن بيده أرض ولم يكن بمالك لها بل استولى عليها جديداً بواسطة الحكومات السابقة أو الجديدة من مراعاة العقبة ليرى تكليفه في تلك الارض . هذا كله في التصرفات غير النافذة كالررع وكري الاهار وكلما يعود الى تلك الارض من التعمير والاشاء .

#### التصرفات النافذة :

كالبيع وما شاكله فقد أجاره بعضهم ، قال في بلعة العقبة في هذا الصدد : والقول بجواز بيعها مطلقاً عن ظاهر السروارى في الكفاية وعن ظاهر مفتاح الكرامة ، (١)

وقال في الجهاد من الكفاية في الامر السابع قبل قوله القسم الثاني من الارضين : ، السابع قال في المسوط : لا يصح بيع شيء من هذه الارضين ، ثم أطال الكلام الى أن قال :

والاقترب القول بالحوار ثم استدلل له بالعمل المستمر من المسلمين من غير تكثير وبالاخبار الخاصة منها صحيحة الحللى وغيرها .

وقال في مفتاح الكرامة (١) :

الظاهر جواز التصرف في أرض الخراج بالبناء والغرس والمساجد وجواز بيعها تبعاً للآثار بل الظاهر جوازها في رقتها كما في ظاهر الدروس وجامع المقاصد أو صريحها .

وقبل بجواز بيعها في خصوص زمان الغيبة ونسب إلى الدروس واستظهر منه في مفتاح الكرامة جواز بيعها بمجرد عرق الآثار . وقيل بجواز بيعها تبعاً للآثار مع بقاء الملكية بعد روال الآثار ونقله السيد في البلغة عن المستند فراجع .

وعلى كل حال فالذى ينبغي أن يقال هو أنه لو وجد مجتهد يقول بجواز البيع فعلى من بيده الأرض ما المقلد لذلك المجتهد العمل بما يقتضيه فيها حق لو رأى أن يبيعها منه كان له ذلك وإن لم يحزه المجتهد الآخر . إلا أننا نتكلم أن نقول إن اللزم يحتم على ذلك المجتهد الآخر الذى لا يرى جواز البيع في مثل هذه الأرض إمضاء ما صنعه غيره من البيع لأنه عمل صادر من مجتهد فلا بد من إمضائه لأنه من سنخ الأحكام الواجب إمضاؤها لا من مجرد الفتوى ليكون بإمكان المجتهد الآخر التخلف عن المتابعة في الفتوى من حيث الامضاء بل هو كما قلنا عن صادر من مجتهد وهو من سنخ الأحكام التى لابد فيها من المتابعة لأن الراد عليه راد على الله . وحينئذ فيكون هذا البيع والجري على طبقه أحد الطرق لتحكيم قاعدة اليد في إمارية الملكية وبحكم بمقتضاها

أن الأرض مملوكة لصاحب اليد فـ كانت في يده أرض مما هو مفتوح  
عنوة وكانت من قسم العامر يوم الفتح أمكسنا الحكم بمقتضى يده بأنها  
ملك له لاحتمال كون هذه اليد منتقلة إليه ولو بواسطة عن شخص  
اشتراها عن مجتهد في ذلك لعصر بحيث كان ذلك المجتهد السابق قائلاً  
بحواز بيع مثل هذه الأرض الخراجية فـ ما وإن خالفناه في الفتوى لكنه  
لو صدر منه حكم على طبق فتواه لم يحز لنا نقض ذلك الحكم وكما  
لا يجوز لنا نقض حكمه لا يجوز لنا نقض ما صدر منه من البيع وبحوه  
فإن نقض ذلك البيع وإعطاءنا فساداً يكون داحلاً في الرد عليه  
إذ ليس ذلك البيع من قبيل الفتوى بحواز البيع لقول إن فتوانا على  
خلاف فتواه فلا مانع من النقض بل هو عمل خارجي فلا بد من  
إمضائه وهذا طير مألوف أوقع ذلك المجتهد قسمة ميراث على طبق فتواه  
أو حكم في مقام المارعة في قضية الحكية على طبق فتواه فـ ما لا يجوز  
لنا نقض ذلك الحكم إلا إذا علمنا عدماً وجدانياً قطعياً على خلاف  
مستنده في ذلك الحكم أو في ذلك العمل .

وربما يقال : إن إلحاق العمل بالحكم في عدم جوار نقضه ، وإن  
سلبنا به إلا أن أقصى ما في البين هو تحريم نقض عمل الغير والاجهار  
بذلك أما لزوم ترتيب ذلك الأثر من المجتهد الآخر على وجه يصح له  
شراء تلك الأرض عن اشتراها من ذلك المجتهد الذي يقول بصحة البيع  
فهو محل تأمل .

ومن هذا العرض الذي يفتاه عرفنا طريقاً لتحكيم قاعدة اليد في  
الإمارية على الملكية ، وهو يشمل مطلق الأرض المعمورة في حال الفتح  
زراعية كانت أو غير زراعية .

وهناك طريق آخر يختص بغير الأراضي الزراعية من الدور والخانات الحادثة بعد الفتح ، بل حتى ما يكون موجوداً حين الفتح فلا يبعد القول بصحة بيعها استناداً الى السيرة على تلكها دوراً وحواييت وخانات ووقفها للذرية ومساجد ومدارس وما شاكل ذلك ، وهذه السيرة متصلة بزمان المعصومين عليهم السلام ويستظهر شيخنا - دام ظله - امضاء هذه السيرة من قبلهم كما نشاهد ذلك في معاملاتهم ، ومعاملات غيرهم من أصحابهم في هذه البلدان كغداد والكوفة وسامراء بل والبصرة والشام وغيرها من البلدان حيث كان أصحابها يسكنونها من دون ردع من الأئمة عليهم السلام على تلك التمككات ، ولا على هاتيك المساجد والأوقاف بل وربما باثروها - صلوات الله عليهم - وسكنوها أيضاً من غير فرق في أحداث البناء بين أن يكون محدث الدار قد اشترى عرصتها ، أو يكون من مجرد الاذن في بنائها داراً ، والذي بناه أمه ينحل الى الاذن بالتملك إذ لو بقيت الأرض على حالها من كونها حراجية لكان اللازم ضرب ضريبة سنوية على معمرها ليكون ذلك من قبيل الاجارة ، ولما لم يضربوا هذه الضريبة دل على اهم ملكوا الباني المعمر لها على حد إذنهم في تعبير الأرض المباحة ، وعليه فلو صححنا هذا البيع وهذا الاذن ولو من مجرد السكوت وعدم الردع منهم عليهم السلام صح تملك الباني لتلك العرصة . هذا كله فيما علمناه من أنه قد بنى في الأرض لعامة حين الفتح وأما لو لم يكن عامراً حين الفتح ، بل كان من الموات فلا إشكال في كون مالك البناء مالكا للعرصة لكونه قد ملكها بالاحياء على ما هو مفصل في كيفية الاحياء .

هذا كله فيما بنى في زمن الأئمة عليهم السلام كغداد وسامراء أو ما كان

مبنياً قبل الفتح كالشام ونحوها .

وأما ما نبئ بعد ذلك كما في عصر الفيس - كالحلة - مثلاً فالأمر فيه سهل جداً ، لأن المرجع في ذلك - كما تقدم بيانه - هو الفقيه الجامع للشرائط ، ولا شك أن الفقهاء قد أمضوا ذلك بل جروا عليه في دورهم ومدارسهم وغيرها .

وأما لو لم نعلم بالبناء سواء في حال الفتح ، أو قبله أو بعده بل وصلت النوبة الى الشك في العهدة حين الفتح أو شك في كونه مما فتح عنوة ، أو علمت عمارته حين الفتح ، ولكن احتملنا كونه عامراً بذاته طائر الأجام (١) وطون الأودية ورؤس الجبال ، بل كلما كان على حافتي هر دجلة والفرات ونحوهما من الأنهار حتى ما يكون حوالى عيون الماء في إيران في أكثر أراضيها ، ونحو ذلك مما يكون صالحاً للزراعة بنفسه إلا أنه قد اتفق عدم زراعته من الكفار ، وعدم خيارته منهم الى أن جاء الفتح - وهذا هو المقصود من قولنا عامراً بذاته فدخل فيها هو المفتوح عنوة وهو في حد نفسه ملك للإمام لكونه من الأقال - كما سيأتي تفصيله إن شاء الله ، فيكون هذا النحو خارجاً عما دل على أن المعمور حال الفتح هو ملك للمسلمين فانه يختص بخصوص ما كان ملكاً للكفار حين الفتح .

ولعل الموقع الذي بنيت فيه - بغداد - من و - الحلة - أيضاً من هذا القبيل فتكون أرضهما من حملة الأقال ، وحيث قد دخلهما الملكية وتكون اليد فيما كان من هذا القبيل محكمة فيه .  
بل لو حصل لنا الشك في كونها كذلك لتكون من الأقال القابلة

(١) الأجام جمع اجمة وهي الشجر الكثير المنصف .

للمملك ، أو كونه من جملة ما ملكه انكفار قبل الفتح فتكون غير قابلة لذلك ، وتكون ملكا للسيد كان الشك المذكور كافيا في تحكيم السيد بل قد عد جماعة من جملة الأفعال ماعمره الكفار . هذا حكم الأرض العامة المفتوحة عنوة .

وأما القسم الثان من الأرض ، وهو ما عدى العامر من المفتوح عنوة وغيره مما يشمل عنوان الأفعال فنقول فيه :

### الأفعال :

ويقصد هذا العنوان ما كان راجعا الى الامام عليه السلام وقد تعرض السيد - رحمه الله - في ملته فعددها (١)

إلا أن الذي يهمنا التطرق اليه من ذلك إنما هو الأرض الخراب سواء كانت بما فتح عنوة ، أو كانت مواتا مما لم يفتح عنوة كما عليه الاجماع ، ودلت عليه النصوص الكثيرة .

ومن تلك النصوص ما جاء في صحبة محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حفص بن الخثري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « والأفعال ما لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم ، وكل أرض حرمة أو بطون الأودية فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله وهو للامام عليه السلام من بعده يضعه حيث يشاء » (٢) ومنها - ما تضمنته مرسلة حماد بن عيسى عن العبد الصالح حيث يقول فيها عليه السلام : « والأفعال كل أرض حرمة قد ماد أهلها - الى قوله -

(١) بلغة الفقيه ص ٧٥

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الأفعال حديث ١

وكل أرض ميتة لأرب لها، (١)

ومنها - ما جاء في خبر أبي بصير . ولما الأفعال قلت : وما  
الأنفال ؟ قال عليه السلام : منها المعادن والآجام ، وكل أرض لأرب لها وكل  
أرض ماد أهلها فهو لنا ، (٢)

ومنها - ما جاء في خبر إسحاق بن عمار من قوله عليه السلام : في تعريف  
الأنفال : وكل أرض لأرب لها ، (٣)

ومنها - ما في خبر محمد بن مسلم : وما كان من أرض خربة  
أو بطون أودية فهذا كله من اليتيم (٤) والأفعال لله وللرسول فما كان  
لله فهو للرسول يضعه حيث يحب ، (٥)

إلى غير هذه من الروايات التي تعرض لها السيد في بحثه حيث  
قال في هذا الصدد (٦) :

« هذا تمام الكلام في عامرة المفتوحة عنوة ، وأما موانها فهي  
للإمام عليه السلام على المشهور شهرة عظيمة ، بل الإجماع عليه مستفيض النقل  
مضافا إلى المعتبرة المستفيضة الدالة على أن موات الأرض من الأنفال  
للإمام عليه السلام وعمومها الشامل لموات العنوة وغيرها وإن كان معارضا  
بالعموم من وجه لعموم أحبار حكم المفتوحة عنوة من كونها للسلبين

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الأفعال حديث ٣

(٢) نفس المصدر والموضع حديث ٢٨

(٣) نفس المصدر والموضع حديث ٢٠

(٤) الي . مصدر ، وهو العيصة والخراج .

(٥) نفس المصدر والموضع حديث ١٠

(٦) بلفظ الفقيه من ٦٧

عامرة كانت أو مواتا إلا أنه مرجح على عموم أخبار العنوة بالشهرة العظيمة والاحكامات المستفيضة ،

وقال في أثناء كلام له (١) :

« إنه لم يقدّم دليل في خصوص موات المفتوح عمدة أنها منتقلة من الكفار إلى الامام عليه السلام بالعنوة كالنجاة المقولة منهم إلى المسلمين بها بل الحكم بكونها للامام عليه السلام مستفاد من العمومات الدالة على أن الموات له عليه السلام بعد تقديمها على عمومات المفتوحة عنوة للمسلمين حيث كان التعارض بينهما ، لعموم من وجه ومقتضاه بعد الترجيح أن ما كان للكفار من الاراضي ، وليس إلا المعمورة منها منتقلة بالعنوة إلى المسلمين ، وأما الموات فمن أصلها للامام عليه السلام وإلا كانت الارض المفتوحة تقسمها بحياتها ومواتها للمسلمين بحكم عمومات أخبار العنوة ، واحتجنا في إحراح الموات منها إلى دليل خاص بالنسبة اليها بالخصوص ، انتهى .

وعقب شيخنا الاستاذ - دام طله - على هذا الموضوع :

«أنا نتكلم من القول بأن ما دل على أن المفتوح عنوة للمسلمين ظاهر فيما يكون ملوكا للكفار فيكون ذلك مختصا بما عمره الكفار فلا يشمل ما كان موقفا على الخراب إلى أن جاء الفتح ، وحيث أن يكون تقديم أدلة الاثبات على تلك الأدلة الدالة على كونها للمسلمين من قبل الورود أو التخصيص فهي خارجة موضوعا فلا يحتاج تقديمها إلى عملية تمارس العموم من وجه ، وتوجيه التقديم بالاجماع ، أو الشهرة أو نحو ذلك ، وهذا أمر سهل ولعل هذا هو المراد للسيد بحر العلوم - رحمه الله - في قوله .



دول من إطلاق بعض الأدلة يقضى بدحول غير الآجام من  
الثلاثة في ملك الامام عليه السلام وان كانت حجة نفسها ، بل وما كان منها  
في المفتوح عنوة تحكما للإطلاق المزبور على ما دل على ملكية المسلمين  
لعامرها ، ولو بترجيحه عليه بناء على تعارض العموم من وجه بينهما  
بل قد يقال بعدم المعارضة بينهما فضلا عن الترجيح بناء على أن إطلاقا  
المفتوحة عنوة للمسلمين مختصة بما كان مملوكا للكفار وليس بشيء  
من ذلك للدلالة المزبورة داحلا في ملكهم حتى يملكه المسلمون بالاقتسام  
- كما تقدم - نظير ذلك في موات المفتوحة عنوة ، انتهى (١)

### الخلاصة :

هي أن موات الأرض المفتوحة عنوة كسائر الاراضى الموات هي  
ملك للامام عليه السلام ومقتضى هذه الملكية أنه لا يجوز التصرف فيها ولا  
تملكها ، إلا بعد حصول الاذن من الامام عليه السلام في حال الحضور  
أو بالاذن من الفقيه الجامع للشرائط .

وقد يعترض بأن التصرف في هذه الاراضى الموات لا يحتاج الى  
الاذن من الامام عليه السلام أو من الفقيه في زمن الغيبة لأمرين .

الاول - الاخبار المصرحة بأن ما كان للأئمة عليهم السلام فهو لشيعتهم  
ومن البين أن ما كان هذا القسار من الاخبار يكون ظاهراً في تملك  
شيعتهم لتلك الاراضى . من دون توقف على الاذن الخاصة .

الأمر الثاني - الاخبار الدالة على التملك بالاحياء ، حيث صرح  
بأن من أحيا أرضاً فهي له .

وأجاب شيخنا - دام ظله - عن هاتين الطائفتين بإمكان التصرف بها بلحل على الاذن العامة في التملك بالاحياء ، ومعه لا حاجة الى الاذن الخاصة منه عليه السلام في حال الخضوع ، أو من فاته في حال العية . ولعله لأجل ذلك صرح المحقق القمي - رحمه الله - في أجوبة مسائله في باب إحياء الموات في السؤال عن أحبي قناة بعدم ولاية المجتهد على الموات من أرض الأنفال

ولكن أدى بظهر من الشبح كاشف الغطاء - قدس سره - أن للمجتهد الولاية عليها .

ولعرض لإصلاح هاتين الطائفتين من الاحبار ، لا بد لنا من التوجيه عما تقتضيه قواعد المعارض . فان أحرار الاحياء تفيد الاذن العامة للشيعه وغيرهم ، والطائفة الاولى تفيد الاذن لشيعتهم فقط لتصريحها بأن ما كان لنا فهو لشيعتنا .

والجواب عن ذلك : أن هذه الطائفة التي تفيد الاماحة لشيعتهم تكون حاكمة على تلك الاحبار ، حكومة المخصص بالسبب الى ما تقدمه من العموم . فقد جاء في رواية مسمع بن عبد الملك قول الامام أبي عبد الله عليه السلام : كلما كان في أيدي شيعتنا من الارض فهم به محللون يحل لهم ذلك الى أن يقوم قائمتا فيجيبهم طبق ما كان في أيديهم ، ويترك الارض في أيديهم ، وأما ما كان في أيدي غيرهم فان كتبهم من الارض حرام عليهم ، حتى يقوم قائمتا يأخذ الارض من أيديهم ويخرجهم عنها صفره ، (١) وأمثال هذه الروايات كثيرة فراجع .

ومن ملاحظة هذه الرواية انفتح علينا باب جديد ، وهو أنا

ما صنع مع هؤلاء الدين تملكوا الارض وتصرفوا فيها ، مع أنه عليه السلام يصرح بأن كسبهم في الارض حرام عليهم .  
ويجب شيخنا - دام ظله - عن ذلك :

بأنه لا مانع من القول بأن اللازم علينا قبل ظهوره عليه السلام أن نعاملهم معاملة الملاك في أملاكهم ، وأجراء الاحكام على مساكنهم وسائر موقوفاتهم ، بحاشاة معهم ، فاما مأمورون بذلك في زمان العيبة قال السيد بحر العلوم في بلغته : وهذا بالنسبة الى ما كان منه في أيدينا ، وأما ما كان في أيدي غيرنا ، فهو عليهم حرام لعدم الاذن به منهم عليه السلام ، وفي جوار انزاعه من أيديهم مع الامن من الضرر وجهان . من أنه مال لامام عليه السلام في يده من لا يستحقه ، وظالم له في تصرفه وغاصب في قبضه ومن أن المستحق لانزاعه هو الامام فيتوقف على أمره (١) .

والظاهر بحسب القواعد هو الوجه الاول وهو . كونه مالا للامام إلا أن الانزاع حتى مع الامن من الضرر مرغوب عنه ، بل انا في عصر لعبية مأمورون بالمعاملة معهم معاملة الملاك في أملاكهم - كما تقدمت الإشارة اليه - وهو الذي بي عليه في البلغة فانه - رحمه الله - بعد أن تشبث للشيعة بأخبار التحليل قال :

« وغيرهم لا يملكونها بالأحياء ، لعقدان الشرط وهو الاذن بالنسبة اليهم وإن وجب ترتيب أحكام الملكية الظاهرية لهم بالنسبة الى ما هي تحت أيديهم بما أحيوها كغيره بما استحلوها من أمواله عجل الله تعالى فرجه » (٢)

نعم قد ذكر وجهاً آخر لاختبار التحليل بحمل التحليل فيه على  
أجرة المثل للأرض ، واستشهد على ذلك برواية الكاظمي ، عن الإمام  
الباقر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب علي عليه السلام أن الأرض لله يورثها من  
يشاء من عباده - إلى قوله - : فمن أحبب أرضاً من المسلمين فليعمرها  
وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيته وله ما أكل حتى يظهر القائم  
من أهل بيته - إلى قوله - : إلا ما كان في أيدي شيعةنا ، فيقاطعونهم على  
ما في أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم ، الحديث (١)  
وهكذا صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام .

وفيها يقول : وكل ما كان في أيدي شيعةنا من الأرض فهم فيه  
محللون ، ومحلل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا ، فيجيبهم طبق ما كان في  
أيديهم ، ويترك الأرض في أيديهم ، وأما ما كان في أيدي غيرهم فإن  
كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ، فيأخذ الأرض من  
أيديهم ويخرجهم منها صفرة (٢)  
ورواية يونس أو المعلى :

مالك في هذه الأرض فتبسم - إلى قوله - : فاستقت أو استقت  
فهو لنا وما كان لنا فهو لشيعةنا (٣)

ولا يخفى أن هذه الروايات - خصوصاً رواية يونس المتضمنة  
لقوله عليه السلام : فاستقت ، أو استقت فهو لنا ، وما كان لنا فهو لشيعةنا -  
ظاهرة في ملكية الشيعة لنفس الميراث عاينته أنه عليه السلام عند ظهوره يأخذ

(١) الوافي جزء ٦ مجلد ٢ باب ٢٣ ص ٢٣٨

(٢) تقدم ذكر هذه الرواية عن مسجع بن عبد الملك ص ٢٤٤

(٣) الوسائل حر ٦ كتاب الخمس ص ٣٨٤ الطبعة الحديثة

الطسق منهم محلاف غير الشيعة فانهم يعتبرون عاصين لا يملكون شيئاً  
إداً فلا مناص إلا عن الاخذ بالوجه الاول .

### خلاصة شاملة وعود الى الموضوع الأصلي :

بعد هذا العرض الذى مر علينا من بيان حكم الارض المفتوحة  
عنوة وغيرها مما يشمله عنوان الانفال أمكننا أن نستفيد الخلاصة التالية  
إن الارض سواء كانت خراجية ، أو كانت من الانفال هى مما يقل  
التملك بالطرق التى ذكرناها فى كل من البابين .

ويفتح عدداً باب تحكيم اليد فى موارد الشك ، وإن من كانت  
يده أرض تكون يده حاكمة بأنها مملوكة له ، وحينئذ يقرن عليها  
صفة تصرفاته فى تلك الارض من البيع والوقف بأنواعه حتى ما كان  
من قبيل الاوقاف العامة : كالمساجد والمدارس ونحوها . فيكون الحال  
فى تلك الاراضى التى تحت اليد حال المملوكات الشخصية فاذا طرأ عليها  
الاستملاك من قبل لدولة ، وأصبحت شوارع لعبور الناس ومرورهم  
فقد ذكروا لتصحیح هذا العبور وجوهاً :

الاول - التخرج على أن هذه أموال أعرض عنها أصحابها ساء  
على أن الاعراض عن الشيء من قبل مالكة يكون موجبا لانسلاخ  
الملكية عن مالك ذلك المعرض عنه .

وقد رد شيخنا - دام ظله - هذا القول بحوايين :

أولاً - إنه لم يعلم تحقق الاعراض من أصحاب الدور والمحلات  
بل غاية ما فى الين أنه قد حصل اليأس لهؤلاء واليأس لا يعبر عن  
الاعراض بل هو غير الاعراض كما هو واضح .

وثانياً - إن الاعراض على تقديره لا يكون موجبا لاسلاح الملكية حق ولو صرح المالك بذلك وقال . « نصيت ملكيتي عنها » أو قوله : « أعرست عنها » فإن هذا التصريح لا يكون موجبا لزوال الملكية فكيف لو علنا من حاله عدم الاعراض .

فإن رواد الملكية له طريقه الخاصة المقررة من قبل الشارع مقدس كالبيع والهبة ومحوهما . والمفروض أن واحداً من هذه الطرق لم يحصل بالنسبة لما نحن فيه من الدور المعرض عنها . ولا دليل على أن مجرد الاعراض موجب لزوال الملكية .

الوجه الثاني - أن يقال بأن هذا العبور مسموح من قبل المالك ولو شاهد الحال من أن صاحب الملك بعدما رأى ما اتقى به الناس من جهة العبور على ملكه فإنه يسمح لهم التصرف فيها ولا يباي ذلك أنه يحقد على من غصبه منك وكأ السب في تهديم بيته وجعله في عرض الشارع .

والجواب عنه :

إن هذا المقدار من شاهد الحال لا يصح لنا العبور في الشوارع إذ ربما كان في لبن صغير ، أو وقف فكيف بحرر رضاء هؤلاء وهل يسرى شاهد الحال على هؤلاء ؟

الوجه الثالث :

أن يدعى لجوار العبور في الشوارع أن تعطى الأرض فرشة من الآجر ، أو السمنت أو القير وما شابه ذلك ، عما يعد تبليطاً للأرض وحيث أن ما توضع عليه القدم في أثناء العبور ليس هو نفس الأرض وإنما هو ما وضع عليها من أحجار التبليط ، فلم يبق إلا لعبور في انفضاء

وليس هو تصرف في المملوك ، ويظهر لذلك عبور الطائرات في الفضاء المملوك للناس ، وهكذا في رمى الحجارة من أحد الجانبين الى الآخر ولكن شيخنا - دام ظله - ناقش هذه الدعوى من وجوه :

أولاً - إبان العبور على الحجر المعتمد على الأرض لا يحلو من كونه تصرفاً في نفس الأرض .

وثانياً - إن عدم عبور العبور في الفضاء تصرفاً في ملك الغير لا يحلو عن تأمن . ونحن ما يرى بحسب الارتكار في لطائرة من عدم كونه تصرفاً فلهذا من جهة علوها الخارج على وجه يجرح الفضاء عن كونه مملوكاً ، نظير العبور تحت الأرض مما يبعد حرجاً عن المملوك المتصرف وأن حدوده بكونه من نجوم الأرض الى عمار أسماه فانه لا يحلو عن تسامح ، والمدار على الصديق لعرق ، وهو منجوق في الفضاء الذي يكون داخل الدار وقريباً من سطحها الأعلى .

وثالثاً - إنه لعل منشأ التسامح في مثال الطائرة ، ورمى الحجر هو عدم اهتمامهم بذلك التصرف إذ لا يقدر بالمائة لقلته وحقارته ، لأنه ليس تصرف ، ولأجل ذلك يعموه أشد المنع لو كان ثمة ثأ كمالو وضع صاحب الدارين اللتين بينهما دار لآخر حسراً من أحدهما الى الأخرى وبني عليه طائفاً . بل لو عبر بالطائرة لكن عند الوصول الى فضاء الغير سكن حركة الطائرة ، نحو نبي مغلفة في الفضاء ، أو تهبط وتعلو وعلى أى حال إن هذا الذي يتسامحون فيه هو التصرف لعبوري السريع سواء كان لأجل المساعدة فيه ، أو كان لأجل أنه لا يبعد تصرفاً في نظرم أما لو جلس في ذلك الطريق أياماً أو بى فيه محلاً ، أو صلى فيه كل ذلك غير داخل في العبور المذكور .

## الوجه الرابع :

من وجوه تصحيح العور بأن يقال : إن هذه أموال لا يمكن  
ارجاعها الى أصحابها ، وحيث يجرى عليها ما ذكر الشيخ الأنصارى في  
مكاسبه حيث قال (١) : « ثم إن حكم تعذر الإيصال الى المالك المعلوم  
تفصيلاً حكم جهالة المالك ، وزدده بين غير محصورين في التصديق استقلالاً  
أو ماذن الحاكم كما صرح به جماعة ومنهم المحقق في الشرائع وغيره ،  
أما المحقق رحمه الله فقد قال في هذا الصدد حسماً بشير إليه الشيخ في  
عبارته المذكورة : « جواز السلطان إن علت حراماً بعينها فهي حرام  
وإلا فهي حلال فإن مضى أعادها على المالك ، وإن جهله أو تعذر  
الوصول إليه تصدق بها » (٢)

والذى يظهر من عبارة الشيخ في مكاسبه - حسماً تقدمت - أن  
المال الذى لا يمكن ارجاعه الى صاحبه المعلوم يكون محكم مجهول المالك  
وحيث فلا بد فيه من الرجوع الى الحاكم الشرعى .  
ولكن شيخنا الأستاذ - دام طله - رد هذا الوجه بأن ما ذكره  
لشيخ الأنصارى إنما هو في المال الذى يكون تحت يد الإنسان في الوقت  
الذى يكون صاحبه معلوماً ، ولا يمكن إرجاعه إليه دون مالم يكن تحت  
يده بل كان تحت يد العاصب الجائر كما فيما نحن فيه من الشوارع المفتوحة  
من قبل الحكومة .

حامساً - أن يقال : مااحة العبور في هذه الأراضى ، لأنها أراض  
غير مسورة وليست بحجبه تمنع العبور فيها ، ويستشهد لذلك بما

١ المكاسب المحرمة ص ٧١

٢ الشرائع - كتب التجارة ص ٩٧ المسألة السادسة



في العبور في سائر الناس وأراضيهم الواقعة فيما بين الجف وكريلا - مثلاً - بل وفي كل مكان فإن السيرة جرت على الاستطراق في تلك الأراضي مع عدم مراجعة المستطرفين لمالكها لتحصيل الاذن لهم بذلك .

ويحدثنا شيخنا الأستاذ - دام ظله - أنه كان قد سمع ذلك من المرحوم السيد أبو الحسن الاصفهاني - في معرض الحديث عن العبور في الشوارع المستحدثة من قبل الدولة ، وكان تعيره باللفظ العارسي كما يلي : ( زمينهايتكه در وديوار ندارد عبور و مرور ار او جائز است ) أي إن الأراضي التي ليست مسورة وموطة لأماع من العبور فيها . والجواب عن هذا الوجه الخامس :

إن هذا المقدار من السيرة غير قابل للإنكار ، ولكن الكلام في منشأ هذه السيرة وهو على نحوين :

فمرة - نقول : إن المنشأ لذلك إما هو إحراز العابر لرضا المالكين باعتبار شاهد الحال ، ولو بأن تكون تلك الشواهد حجة عقلانية على رضا المالكين بعبور الناس في أراضيهم إلا أن هذا ليس بنافع ، لأن لارمه الامتناع عن العبور في الصور التالية . لو صرح المالك بعدم لرضا في الاستطراق بأرضه . ولو كان في البين وقف ، أو لو كان في البين قاصر . فكيف يسوغ للإنسان العبور في هذه الصور ؟ وثانية : يكون منشأ السيرة وجهاً آخر يراه شيخنا الأستاذ هو المنع في البين وهو :

أن الشارع المقدس - تلطفاً منه ، ورعاية للمنة على عبده - قد جعل حقاً للغير بهذا النحو من الممتلكات المنفعة الحاصلة بالحيازة أو الاحياء ولا حق للمالك أن يمنع الناس من هذه التصرفات الخفيفة ، كالعبور

في أراضيها ، أو الشرب من نهر الذي كراه لا يصل الماء إليه ، أو الوضوء والعس ، والغسل من ذلك الماء حيث لا تضر هذه التصرفات بمالكية المالك لتلك الأراضي والآبار وأن الشارع المقدس - حيث أنهم على هؤلاء هذه الأراضي ، وما شاكلها - لم يكن يعطى حق الضعيف ، وحق النوع لشري من الاستفادة بهذه الأرض هذا المقدر من الاستفادة الخفيفة ، ولا أقل من اتصال هذه السيرة بالثمة المعصومين من أهل البيت عليهم السلام وعدم ردعهم عنها .

وفي مكان آخر : رى الشارع المقدس راعى حق الغير وأباح للبارية أكل الثمرة الواقعة في عرض الطريق - كما صرح به الأحبار - ومن تلك الأحبار ما ورد عن الإمام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام في جواب السؤال عن أكل تلك الثمرة فيقول : وأمر بالثمرة فأكل منها قال : كل ولا تحمل ، (١)

وزاد في أحد طرفه ( قلت : جمعت فذاك إن التجار قد اشتروها وبقدوا أموالهم . قال . اشترؤا ما ليس لهم ) .

ومن هذا التعبير الصريح يظهر لنا أن المالك ليس له الحق في منع المسادة من الأكل من تلك الثمار ، وليس له أن يمنعهم من حقهم الذي جعله الله لهم فيها .

وفي مكان آخر يسأل سائل الإمام الصادق عليه السلام أيضا ( إن لرجل يمر بالستان ، وقد حيط عليه ، أو لم يحيط عليه من يجوز أن يأكل ثماره ؟ - إلى قوله - قال عليه السلام : لا بأس أن يأكل ولا يحمله ولا يفسده ، (٢)

(١) توفى بحمد ٣ جزء ١٠٠ ص ١٤٤

(٢) نفس المصدر ص ١٤٥

ورواية ابن أبي عمير سأله عن الرجل : « يمر بالخيل أو السبيل أو الثمر فيحوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضرورة أو غير ضرورة قال : لا بأس » (١) .

وفي رواية عبد الله بن مسكان يقول الامام الصادق عليه السلام : ( لا بأس بالرجل يمر بالثمره ويأكل منها ، ولا يفسد قد نهى رسول الله -ص- من أن تبي الحيطان في المدينة لمكان المارة . قال : وكان اذا ملع بحصة أمر بالحيطان تخربت لمكان المارة (٢) .

كل هذه الأخبار ، وغيرها طاهرة بعد ضم بعضها الى بعض فيما ذكرناه من وجود حق للناس في هذا النوع من الاملاك بدرجة أنه يجوز الاكل حتى ولو صرح المالك بعدم الرضا المعبر عنه بحياطته لتلك البستان ومن هذا المجموع نفهم نقطة أخرى ، وهي أن أصل الملكية في هذه الأرض الواسعة ، والتي تقع طرق الناس في ضمنها ملكية مقيدة ، وليست بمطلقة فالرجل يملك الأرض مع وجود حق للغير في العبور فيها ، ويملك البستان مع وجود حق للمارة من الاقتطاف من ثمرها كل هذا صحيح ومسلم . ولكنه لا ينفعنا للعبور فيما نحن في صدد بحثه من الشوارع ، والطرق المستصلحة من دور الناس ومحلاتهم ، فان الملكية لهذه الدور والمحلات لم تكن مقيدة بالاستطراق فيها لان المسوغ لذلك فيما لو كانت الملكية طارئة على وجود حق الاستطراق والاقتطاف ، وحيث فتكون ملكيته من أول الامر مقيدة بوجود هذا الحق .

(١) نفس المصدر ص ١٤٥ .

(٢) الوافي - مجلد ٣ - جزء ١٠ ص ١٤٤ .

وحيث لا تكون السيرة شاملة لما نحن فيه من الشوارع الجديدة  
المستحدثة من قبل الدولة :

وماداماً - ما ذهب إليه بعض الأجلة من الماضين ، ويعتقد شيخنا  
- دام ظله - أنه المرحوم الميرزا محمد تقى الشيرازى من اجازة العبور  
فى هذه الشوارع طرأ الى المصلحة العامة ، ويتولى الحاكم الشرعى  
باعتباره ناظراً فى تلك المصلحة اجارة الأرض عن أصحابها لأجل عبور  
الناس ومرورهم ، وهى منفعة مشبهة لا تقابل إلا بشئ قليل من المال  
ويصرف ذلك المال فى سبيل الله عن أصحاب تلك الأرض سواء كان  
المالك لها قاصراً أو موقوفاً عليه .

وإن شاء نفس المستطرق أن يتصدق لمرة واحدة بشئ قليل من  
المال عن أصحاب تلك الأرض ، وذلك يكون كافياً لعبوره ومروره الى  
الآخر .

ولكن باجارة من الحاكم الشرعى . وقال شيخنا الاستاذ - دام ظله -  
إن هذا الوجه هو الأحوط بعد انسداد تلك الطرق الخمسة نعم انه  
يحتاج الى اثبات ولاية الحاكم الشرعى وعمومها لما يتوقف عليه النظام  
وقد حققنا فى محله عدم قصور أدلة ولاية الحاكم عن مثل ذلك وان منعنا  
منها فيما لا يتوقف عليه الانتظام كالأحدود ونحوه مما هو من خصائص  
الامام عليه السلام .

## المساجد الواقعة في الشوارع (١)

بعدما عرفنا حال الفضلات الباقية من الدور والحوانيت ،  
والخانات فلا بد من ملاحظة الفضلات الباقية من المساجد التي تقع  
كفية الدور في الشوارع وما يجري عليها من الأحكام .  
ما هي المسجدية ؟

ولمعرفة ما نحن نصد بحثه لابد لنا من النظر الى حال المسجدية  
وأن زوال عنوان المسجدية - بحسب النظر العرفي - هل يكون موجباً  
لانسلاخ عنوان المسجدية بحسب النظر الشرعي أيضاً ؟  
أو أن المسجدية الشرعية لا تكون زائلة ، بل هي باقية على حالها  
وان انساخت المسجدية بحسب النظر العرفي ؟ .

وطبيعي أن القول بنجية الانسلاخ الشرعي ، الى الانسلاخ العرفي  
يستلزم سقوط جميع الأحكام التي كانت مترتبة على هذه الأرض حال  
كونها مسجداً ، وحينئذ يكون حال هذه القطعة حال المباحات الأصلية  
كالأراضي الخراية فتعود ملكاً لمن أحيائها ، وعليه فلا مانع من تملكها  
لكل أحد من دون إحتياج لمراجعة الحاكم الشرعي ولا أقل من الاستحجار  
منه ، أو الشراء لان الجميع في جهة التملك على حد سواء ، فإن من  
أحى أرضاً فهي له .

«١» هذا البحث وما يليه من البيع ، والكنائس ، ومقابر المسلمين  
مقتبس مما كتبه في درس الفقه على العروة الوثقى من محاضرات شيخنا  
الاستاد - دام طيه - عند التعرض لحال المساجد والمشاهد المشرفة .

ومن هذا يتضح لنا الفرق بين المساجد والموقوفات التي تؤول الى التلف بحيث يزول عنها العنوان ، فان انفلاخ العنوان عنها يوجب بطلان جهة وقفيتها واذا بطلت جهة الوقفية فيها فلا بد من رجوعها الى مالكيها الاصلى .

وهذا بخلاف المساجد فان مجرد طرو الوقف عليها يكون موجبا لتحريرها ، وانفكاكها عن ملك مالكيها الاصلى فتكون مباحة لو طرو عليها ما يزيل عنها جهة مسجديتها ، ويشترك جميع المسلمين بهذه الاباحة من غير خصوصية للمالك الاصلى لخروجها عنه وعن ملكيته بمجرد الوقف .

هذه الآثار تترتب على القول بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعاً للانسلاخ بحسب النظر العرفى .

وأما القول بعدم الانسلاخ - بحسب النظر الشرعى - تبعاً لزوال المسجدية - بحسب نظر العرف - فيترتب عليه بقاء جميع الاحكام الشرعية التي كانت مترتبة على عنوان المسجدية ، وإن لم يكن ذلك الموضع مسجداً عند العرف لاندراس آثاره .

أما شيخنا الاستاذ - دام ظله - فقد اختار القول بعدم التبعية من الشارع فى هذا المورد ، بل تكون آثار المسجدية شرعاً باقية حتى ولو زالت عنه بحسب النظر العرفى . لتحقيق أن المسجد لا يخرج عن كونه من العناوين الاعتبارية ، والى اعتبارها العقلاء وأعضاء الشارع المقدس فهو من هذه الجهة كسائر الاعتبارات العقلانية الممضاة من قبل الشارع المقدس ، والى لا يطرئها الجعل مرة ثانية ، وهذا المقدار لا يندم بمجرد خرابه ، وزوال مطهره الخارجى ، ذلك لان

العناوين المجمولة :

منها - ما يطرئه الجمل مرة ثانية فيزول ما جعل أولاً ليحل محله العنوان الجديد ، وهذا كما في - الزوجية والرقية - فان الرقية يمكن أن يطرئها الجمل فيزول بجمل الحرية ، وقول المالك - أنت حر - وكذلك الزوجية فانه يمكن زوالها بجمل الطلاق من أخذ بالساق . ومنها - ما لا يطرئه الجمل مرة ثانية . وهذا كما في الحرية الطارئة بعد الرقية ، لان الحر لا يعود رقاً بعد صيرورته حراً . ومن هذا القبيل عنوان المسجدية فان المسجد بعد جعله واعتباره مسجداً لا يمكن أن يعود الى حاله الاول قبل صيرورته مسجداً وإن زالت آثاره بحسب النظر العرفي . إذا فتكون نتيجة هذا الرأي هو بقاء جميع الاحكام السابقة والتي كانت مترتبة على المسجد قبل إهدامه من غير فرق بين السابق واللاحق .

الفرق بين وقف المساجد والوقف على المسلمين :

وما تقدم يعلم أن وقف المساجد ليس من قبيل الوقف على المسلمين ليصلوا فيه ليكون عدم الصلاة ، وعدم المصلين وفقدانهم من قبيل تعذر الجهة الموقوف لاجلها . كما أنه ليس من قبيل الاحراج عن الملك - كالاغراض - ليقى جائز التملك .

وفي الوقت نفسه ليس من قبيل التحرير لاجل صلاة المسلمين فيه ، ليكون أيضاً من موارد تعذر الجهة الموقوف لاجلها عند فقدان المصلين فيه ، بل أن المسجدية - كما قلنا - ليست إلا عنواناً إعتبارياً

عقلائي ، وقد أمضى الشارع المقدس ذلك العنوان ، وذلك الاعتبار ولا يرتفع هذا النوع من الاعتبار والامضاء ، بل يكون باقياً حتى ولو زالت الآثار الخارجية .

الآثار المترتبة على بقاء عنوان المسجدية :

وحيث اختار شيخنا - دام ظله بقاء المسجدية الشرعية فإن آثار المسجد تكون باقية بأجمعها ، وأشخص تلك الآثار هو عدم جوار التنجس لتلك الفضلات التي تقع في الشوارع ، ويجب تطهير ما تنجس منها . أما بقية الآثار : كالانتفاع بما بقى من المسجد من جعله داراً ، أو محلاً للسكنى ، أو الكسب ، أو الزرع وما شاكل ذلك فهذه تختلف فيما بينها .

ولكن الميزان الأولى فيها - أن لا يكون ذلك الانتفاع منافع للمسجدية وإن لم يكن بعمله ذلك مزاحماً للصليين . أما لو نأى ما عمله لعنوان المسجدية فهو غير جائز ، ولكن لا يترتب عليه آثار النصب ، بل ولا أى ضمان للنافع لما تبين من عدم المضمون له في البين ، وإن المنفعة غير مملوكة له . ولذلك لا يجوز إيجاره على الغير لأن هذا المتصرف لا يملك ما تصرف به ، ولا يملك منفعته ، بل غاية الأمر أن له الانتفاع بما لا ينافي المسجدية ، وهذا وحده لا يكون مصححاً للإجارة .

وتظهر ثمرة القول بالنصب في هذه الصورة وعدمه في موارد منها الصلاة في ذلك المحل فإنه لو كان خاصاً لكانت صلاته قد وقعت في محل منصوب ، أما على القول بعدم النصب فتكون صلاته قد وقعت



مع فعل محرم قد صدر منه .

والآن وحيث اختار شيخنا الأستاذ - دام ظله - بقاء عوارض المسجدية الشرعية ، فلا بد من القول بوجوب تطهير الفضلات الباقية من المساجد وعدم جواز تنجيسها - كما عرفته - .

ولكن السيد الطباطبائي - في عروته - ذهب الى التفكيك بين هذين الحكمين فقال : « إذا تغير عنوان المسجد بان غصب ، أو جعل داراً أو صار خزاناً بحيث لا يمكن تعميره ، ولا الصلاة فيه ففي جواز تنجيسه وعدم وجوب تطهيره كما قيل إشكال ، والأظهر عدم جواز الأول بل وجوب الثاني » (١) .

وهذه العبارة تعطينا بالظرة الأولى إمكان التفكيك بين الحكمين عدم جواز التنجيس ووجوب التطهير إلا أنه ( قدس سره ) بهذا الاضطراب المتمثل في قوله « بل وجوب الثاني » يعتار الحاق عدم جواز التنجيس بوجوب التطهير ومن المعلوم أنه لا وجه للتفكيك بين هذين الحكمين : حرمة التنجيس ، ووجوب التطهير فن يقول : مانسلاخ المسجدية الشرعية إضافة الى الانسلاخ العرفي فلا بد له من القول بارتفاع كلا هذين الحكمين . فلا يجب التطهير ولا يحرم التنجيس وأما لو قلنا : ببقاء المسجدية الشرعية - كما هو رأى شيخنا دام ظله - حتى ولو زالت المسجدية العرفية فانه لا وجه للتفكيك ايضاً لان هذه البقعة من الارض لا تزال مسجداً ، فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهير ما تنجس منها ، أو على الاخص لو استفدنا من

(١) المروة الوثقى بحث المساجد ومشاهد المشرفة مسألة ١٣ .

الأدلة القائلة ( جنبوا مساجدكم النجاسة ) (١) وما مائلها لهذا النوع مما ذهب مسجديته العرفية ، ونقيت مسجديته الشرعية فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهيرها لأن هذه القطعة من الأرض مشمولة لهذه الأدلة الآمرة بتجنب المساجد عن النجاسة .

هذا لو علمنا شمول الأدلة لتلك أو عدم الشمول . وحتى لو حصل لنا الشك ، ولم يعلم بانسلاح المسجدية الشرعية تبعاً للمسجدية العرفية فأيضا لا يجوز التفكيك بل لا بد من وجوب التطهير ، وعدم جواز التنجيس تمسكا بالاستصحاب القاضي بذلك بيان الاستصحاب : أن هذه الأرض كانت قبل أن يطرأ الخراب محطاً لكلا هذين الحكمين : عدم جواز التنجيس ، ووجوب التطهير . والآن شك في بقاء هذين الحكمين ، وبمقتضى الاستصحاب يثبت لنا أن هذه الأرض بعينها الآن أيضا لا يجوز تنجيسها ، ويجب تطهيرها إذا فعل جميع الصور تبين لنا عدم وجود وجه للتفكيك بين الحكمين بل الحال فيها واحد ، فاما أن يرتفعاً معاً ، أو يتحققاً معاً .

ولم يكن السيد الطباطبائي رحمه الله الوحيد الذي يفتح باب التفكيك بل ان شيخنا الأستاذ المرحوم النائيني أيضا ذهب الى القول بالتفكيك لذا قال في حاشيته على عبارة المروة المتقدمة .

« إذا خرج عنوان المسجدية ، وبطل رسمه بالكلية ، فالأظهر عدم وجوب تطهيره ، وإن كان جواز التنجيس لا يخلو عن اشكال . »  
ولا شيء على المرحوم النائيني - قدس سره - في هذا التفكيك حيث استظهر عدم وجوب التطهير خلافا للاستصحاب القاضي بوجوبه

(١) الوسائل كتاب الصلاة ، احكام المساجد باب ٢٤ حديث ٢ .

ذلك لانه يرى هذا الاستصحاب من الاستصحاب التعليق ، لان وجوب  
التطهير في السابق كان معلقاً على تحقق العجالة - بمعنى أنه اذا تبجس يجب  
تطهيره - وبما هو معروف لدى الجميع أن المحقق النائيني - قدس سره -  
لا يرى صحة الاستصحاب إذا كانت تطبيقاً ، ولا مجال لها  
في هذه العجالة لبيان الوجه الذي يستند عليه الشيخ المحقق النائيني  
- رحمه الله - لعدم حجية الاستصحاب التعليق (١) .

وعلى أى حال فحيث كان المرحوم النائيني يرى عدم حجية  
الاستصحاب التعليق فلم يقل هنا وجوب التطهير . ولكن الذي ظهر  
من عبارته المتقدمة هو إجراء الاستصحاب ، والتفكير به بالنسبة الى  
الحكم الثاني ، وهو عدم جواز التنجيس على إشكال في ذلك .

ولعل منشأ الاشكال في حرمة التنجيس بعد أن كان الاستصحاب  
قاصياً بذلك هو معرفة موضوع هذا الحكم - وهو عدم جواز التنجيس -  
فهل الموضوع فيه هو المسجدية العرفية ؟ ومن البين أنها قد زالت لان  
العرف لا يرون هذا الطريق مسجداً الآن ، وإن كان في السابق مسجداً  
وبزوال المسجدية عند زوال جميع الآثار المترتبة عليها كما في - اكرام  
الشخص العادل - فان عدم الاكرام متعين لو صار هذا الشخص فاسقاً .  
أو أن الموضوع للحكم بعدم جواز التنجيس هو ذات المسجدية

---

(١) لقد تعرض شيخنا الأستاذ - دام ظله - لبيان وجهة نظر  
استادنا المرحوم الشيخ النائيني في عدم حجية الاستصحاب التعليق في  
دروس الفقه على المروءة الوثقى ولا مجال لنا هنا للتعرض الى ذلك وقد  
تعرض لهذا البحث في الجزء الاول من دليل المروءة الوثقى ص ٥٠٢ تقريرات شيخنا  
الأستاذ مؤلفه العلامة الشيخ حسن سعيد الطهراني .

وعنوان المسجدة حالة من الحالات الطارئة على الذات . وحينئذ يزول الحالة لا يكون موجباً لزوال تلك الأحكام الواردة عليها المفروض بقاؤها ، ونوعاً لبقائها تبقى الأحكام الثابتة لها . كما هو الحال - في الماء الذي تنجس بالتغير فان زوال هذه الحالة لا يكون موجباً لزوال الحكم ، وهو الجاسة لذلك الماء . هذا هو منشأ الاشكال .

إلا أن الوجه في جريان الاستصحاب ، هو أن هذا الحكم وهو حرمة النجيس كان ثابتاً قبل هذا الحال ، وعند الشك في بقاءه الآن يستصحب فيثبت لنا عدم جوار النجيس .

إلا أن الاشكال في هذا النوع من الاستصحاب واضح لان الشك كان في بقاء الموضوع ، ومع الشك في بقاء الموضوع لا يجري الاستصحاب .

على أنا تتمكن من القول بان الاستصحاب في طرف وجوب التطهير تنجيزي ، وليس بتعليقي - كما يراه المحقق النائيني - رحمه الله وتقريب ذلك - يظهر لنا بما بيناه سابقاً - من أن حرمة تنجيس المسجد ، ووجوب تطهيره حكمان قد استفيدا من دليل واحد استقر عليه رأى شيخنا الأستاذ - دام ظله - أخيراً ، وهو المنع من تقريب الجاسة الى المسجد حدوداً وبقاء .

وإن شئت فقل : أن المسجد يجب على المكلفين أن يحافظوا عليه من ناحية طهارته دائماً ، وعصيان هذا التكليف يتحقق بأحد أمرين : الأول - أن يمدد المكلف الى تنجيسه .

الثاني - أن يترك المكلف تطهيره .

إذا فليس التكليف إلا واحداً ، وإنما الاختلاف في طرق عصيانه

وعليه فليس في البين تكليف شرعى بالتطهير على تقدير النجاسة ليكون تعليقاً ، ويتبين منه أن وجوب التطهير كحرمة التنجيس تعجزى ، وحيثئذ فيجرى الاستصحاب في الطرفين .

والجريان الاستصحاب ، وعدم جريانه ، ومعرفة إمكان التفكيك بين هذين الحكمين : وجوب التطهير ، وعدم جواز التنجيس لا بد من ملاحظة المسجدة في نظر العرف ، ومعرفة حقيقتها وهي لا تخرج عن واحد من ثلاث .

فأما أن تكون موضوعاً .

وأما أن تكون حالة .

وإما أن تكون علة .

أما لو كانت موضوعاً - فلا معنى لبقاء الحكم لانه ذاهب بزوال موضوعه ، فلا معنى لجريان الاستصحاب حيثئذ .

وأما لو كانت حالة - فلا إشكال في بقاء الحكمين ، ولو حصل الشك كان الاستصحاب جارياً .

وأما لو كانت علة - بحيث كان العرف يرى بان المسجدة علة لطرو الحكم على الذات حيثئذ يفتح علينا مورد جديد للبحث فيه والظر الى هذه العلة هل هي علة محدثة ، أو مبقية ؟ بمعنى أن العلة نارة . تكون شحو إذا حصلت فالحكم لا يكون وجوده منوطاً ببقائها ، بل يكون باقياً حتى ولو زالت العلة التي كانت سبباً في حصوله ، وتكون العلة حيثئذ محدثة ومبقية .

وثانيه : تكون علة مادامية وتسمى علة محدثة فقط ومعنى ذلك أنه لا بد لبقاء الحكم من وجودها وإلا هزواها يرول الحكم ، ويكون

وجود الحكم في هذه الصورة دائراً حول وجود العلة في الحدوث والبقاء .  
والعرف مع هذه العلة ، وهي المسجدية فإن عرف بوعية هذه  
علة ، وأنها من أى قسم من المحدثات ، أو البقية فقد انتهت المشكلة  
وعلى ذلك يرتب الحكم الشرعي .

وأما لو حصل الشك في بوعية هذه العلة ، وهل أنها محدثة  
أو مبقية ؟ والتبس علينا الأمر جاء دور الاستصحاب ليكون هو المرجع  
- في هذه الحالة - فيقال : إن هذه الدات كانت محكومة بحرمة التنجيس  
ووجوب التطهير عندما كانت مسجداً قائماً معموراً والآن وبعد طرو  
الخراب عليها نشك في بقاء ذلك الحكم بعد زوال العلة ، والتي هي  
معموريته فنستصحب وجود الحكم ويثبت لنا بفضل ذلك تحريم التنجيس  
ووجوب التطهير .

والآن وبعد هذه الجولة عرفت أنه لا مجال للتفكيك بين الحكمين  
المذكورين ، فلا وجه لما ذهب إليه المحقق النائيني - قدس الله سره - بل  
وجوب التطهير ، وعدم جواز التنجيس محكومان بحكم واحد ، فاما  
الارتفاع معاً ، أو البقاء معاً .

ولكن بعض الأجلة من الاعلام ذهب الى التفكيك بين الحكمين  
مستدلاً عليه بوجه آخر . ويانه :

أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الاجماع ، ودليل عدم  
جواز التنجيس لعظمى ، وإذا وصلت التوبة الى أن دليل وجوب التطهير  
مستفاد من الاجماع فإن القدر المتيقن من مورده هو ما كان المسجد فيه  
عامراً ، وأما شموله لما نحن فيه حيث رالت الآثار والمعالم الدالة على  
المسجدية ، فهو محل توقف ولاجله ثبت التفكيك بين الحكمين ، وجوب

التطهير ، وحرمة التنجيس .

ويجب شيخنا الأستاذ - دام ظله - عن هذا الدليل :  
 بأن دليل كلا هذين الحكمين لفظي ، وليس وجوب التطهير قد  
 استفيد من دليل لي - كما تقدم من ثانياً البحث - .  
 وقد يترض بأن دليل كلا هذين الحكمين لي مستفاد من الاجماع  
 إذ الأدلة اللفظية كقوله تعالى : « إنما المشركون نجس » ، (١) وغير هذه  
 الآية مختص بالمسجد الحرام ، لأن هذه أحكام مختصة بذلك المسجد  
 فلا يقربوه ، وأما بقية المساجد فأحكامها مستفادة من الاجماع ، ومن  
 الواضح أن القدر المتيقن من الاجماع ما كان المسجد فيه معموراً ، أما  
 ما طرأ الخراب ، والتعير فالجاري فيه هو الأصول ، ولكن الجواب  
 عن هذه الدعوى واضح - لما تقدم بابه - من أن دليل كل من هذين  
 وجوب التطهير وحرمة التنجيس مستفاد من الأدلة اللفظية والأدلة  
 اللفظية لا تفرق بين ما كان عامراً أو حراماً .

## البيع والكنائس وما يتبعها

ويتضمن البحث في هذه الجهة عن البيع ، والكنائس ، وما  
 جرى على شاكلتها من معابد اليهود والنصارى ، من حيث الحاقها  
 بالمساجد والظر من وراء ذلك فيما اذا وقعت في الشوارع ، أو بقيت  
 منها فضلات يمكن الاستفادة منها كحوانيت وما شابه .  
 وطبيعة هذا البحث تقتضي تقسيم الموضوع الى قسمين :

مرة : تتكلم عن البيع والكنائس الموجودة قبل وجود الدين الاسلامي الحنيف .

وثانية : فيما استحدث من ذلك بعد الاسلام

### البيع والكنائس قبل الاسلام :

ولابد لنا من معرفة حقيقة هذه البيع ، وهر أنها تشترك مع المساجد في حقيقة واحدة لتجرى عليها ما تحكم به المساجد ، أم انها حقيقةتان مختلفتان فتكون الأحكام الواردة على كل منهما مخالفة لما تفيدت به الطائفة الثانية ؟

ويختار شيخنا الاستاد - دام ظله - الرأي القائل باختلاف حقيقة كل من هذين البيع والكنائس من جهة ، والمساجد من جهة أخرى فليس المسجد هو عين حقيقة البيعة أو الكعبة ، بل هذه وأمثالها اتخذت محلاً للعبادة لهم ، ومجرد هذا المقدار لا يكفي لأجراء أحكام المسجدية على معابدهم ، بل إن نفس المسلمين لو اتخذوا لهم محلاً خاصاً للعبادة لامكننا القول بعدم كون ذلك المكان مسجداً ، ولا ينافيه أعظم له مكاناً للمادة إذ لم تجر عليه صيغة المسجدية ، واعتبار كون ذلك مسجداً بل مجرد معبد فلا تجرى الأحكام الواردة على المسجد عليها . فلا يجب تطهير ما تنجس بها ، ولا يحرم تجسس ما كان ظاهراً ، ولا يتقيد بالارتفاع مما بقي منها بما يباقي العنوان الذي كانت عليه قبل أن يحصل الخراب لأن هذه الأرض ليست بمسجد ولا تجرى عليها أحكام المسجدية .

هذا ما ذهب اليه شيخنا الاستاد - دام ظله - من كونها من الحقائق المختلفة



ولذلك يتحرج من يرى اتفاقهما في الحقيقة ، وإن حقيقة البيعة هي عين حقيقة المسجد حيث بدعهم هذا القول بأن الشائع التعبير عن البيع والكعاش بمساجد اليهود والنصارى ، وإن ما حصل من الاختلاف فاعما هو في الاسم لا أكثر ، والراحة في ذلك أنه من المعلوم أن للمساجد أحكاماً مترتبة عليها ، وليست هي بمقتصرة على حرمة التنجيس ، ووجوب التطهير ، من هناك حمة الأحكام الأخر فهل يشترك الجميع في هذه الأحكام ؟ وطبعي أن الاشتراك المذكور يتوقف على العموم المتكفل لسرابة الأحكام ، أو وجود إطلاق يدل على الشمول .

أما في صورة عدم وجود ما يدل على الشمول من إطلاق ، أو عموم فلا بد من البرر إلى لاجماع ، ولابد لنا من الأخذ بالقدر المتيقن منه ولا يتعدى القدر المتيقن عن الاختصار على مساجد المسلمين لا غير وربما كان هذا التردد في أن البيع والكعاش هل تفق حقيقة مع المساجد أولا ؟ وعلى فرض كونها من حقيقة واحدة فهل في البين ما يدل على الشمول من عموم أو إطلاق أولا ؟ هو الذي دعا السيد الفقيه الطباطبائي - قدس سره - أن يتوقف النسبة إلى تنجيس مساجد اليهود والنصارى حيث قال : « في جواز تنجيس مساجد اليهود والنصارى إشكال ، (١) »

ورعنا بشكل علينا بالمساجد الثلاثة ( المسجد الحرام ) و ( المسجد الأقصى ) و ( مسجد الكوفة ) فيقول - بأن هذه المساجد وخصوصا المسجد الحرام والأقصى ليست من المساجد المستحدثة في عهد الاسلام بل هي مساجد قديمة ، وثابتة من عهد ابراهيم الخليل - عليه السلام -

(١) العروة الوثقى - لبحث عن مساجد واثبات هذه المساجد مسألة ١٥ .

إذا هي ثالثة قديما وليست من مستحدثات شريعتنا الاسلامية - وعليه  
فما هو الموجب للتفكيك بينها وبين البيع ، والكنائس التي أوجدت قبل  
الاسلام ولابد من توحيدها في الحكم من جميع الجهات .  
ويجب شيخنا الأستاذ - دام طله - عن ذلك :

بان هذه المساجد الثلاثة كانت ، ولا تزال مساجد من القديم  
من يوم خلق الله عز وجل هذه الأرض ، وأوجدتها ، ولم يكن  
بناء سعد بن أبي وقاص إلا من المصادفة حيث أوقع البناء على تلك  
القطعة التي اختارها مسجداً للعبادة من الأول ، ومع ذلك فلا ملازمة  
بين هذا وبين إجراء أحكام المساجد على البيع والكنائس لاختلاف  
الحقيقتين كما عرفت ، ولا يابعه إشتراك الجميع في المعبودة .

وربما يعترض بان هذه المساجد كيف بقيت محافظة على  
مسجديتها مع عدم خضوعها للشرائع المقدسة السابقة ، كشرعة  
موسى عليه السلام وعيسى عليه السلام مع أنها لابد لها من الخضوع اليها فتحول  
الى بيع وكنائس بطبيعة الحال .  
ويجاب عن ذلك ،

أه لا موجب للخضوع الى الأديان السابقة ، بل تبقى هذه  
المساجد محافظة على صفتها الأولى من المسجدية ، لان الله شاء لها  
ذلك بل تفرق لقول إن هذا سار بالسبب الى نفس نبينا الكريم  
محمد (ص) وآبائه وأجداده الطاهرين ، حيث لم يخضعوا ليهودية ولا  
لنصرانية ، ولا لبقية الأديان التي مرت عليهم . بل كانوا متمسكين  
بالدين الحنيف دين ابراهيم عليه السلام كما صرح بذلك دستور الاسلام الخالد  
القرآن الكريم في قوله تعالى :

« واتبعوا ملة أبيكم إبراهيم حنيفاً » .  
فهؤلاء كانوا من الطينة الطاهرة التي شرفها الله على جميع البشر .  
البيع والكنائس بعد الاسلام :

ويشمل البحث البيع والكنائس المستحدثة بعد الاسلام - أى و أيام كفرهم - وعدم متابعتهم للدين الاسلامى المجيد .  
علماً بان البحث لا يتناول ما يستحدثه الكفار في بلاد المسلمين من البيع والكنائس الآن ، لان هذه البيع والكنائس باطلة لمخالفتها لشرائط الدمة فيحتص بحثنا بالبيع والكنائس التي يستحدثها الكفار في غير بلاد المسلمين ، وهذه لو لاحظناها لرأيناها خارجة عن طبيعة بحثنا ولم تتعلق بموضوعنا مباشرة وهو ملاحظة حال الشوارع التي تستحدثها الدولة ، لانها خارجة عن بلاد المسلمين . إلا أما تتكلم فيها من الوجهة العلمية ، والبحث عن إمكان قصد التقرب من هؤلاء مع أن القرية لم تنوهر منهم ، والتي هي الأساس في الوقف بالنسبة الى المساجد والمدارس ونحوها .

ويقع الكلام عن مثل هذه الأوقاف في جهات ثلاث :

#### الجهة الأولى :

ويتناول البحث فيها عن أن مثل هذه الوقف إنما هو وقف على عباداتهم وعبادتهم لا شك في بطلانها - لما تحقق في محله - من بطلان عبادة هؤلاء الفرق فيكون هذا من قبيل ما لو وقف الانسان محلاً لجهة محرمة فيكون الوقف فيها باطلاً بالضرورة .

## الجهة الثانية :

إن مثل هذا الوقف وقف على طائفة مخصوصة لأن اليهود أو النصارى يوقفون بيهم وكنائسهم على أهل نحلهم ، وكذا بعض فرق المسلمين حيث يوقفون مساجدهم على من يقسمهم ، وحتى بعض الامامية يوقف مدرسة لطلاب العلوم الدينية وضمنها مسجد لطلاب تلك المدرسة . فمر مثل هذا الوقف من الانحصار على طائفة مخصوصة صحيح أولاً :

## الجهة الثالثة :

إن الوقف محتاج الى قصد القرية لانه من العادة ، وقد قلنا بطلان عبادة هذه الفرق والركيزة الاولى في الوقف هو حصول التقرب بذلك العمل الى الله عز وجل ، وكيف يحصل التقرب من هؤلاء ؟ .

جهات ثلاث لابد من الالتفات اليها .

## أما البحث عن الجهة الأولى :

وهي أنهم أوقفوا هذه المحلات لعبادتهم ، وعباداتهم باطلة فنقول فيه : إنه مما لا شك فيه أن العاية من وقفهم إنما هي عباداتهم ، وهذه العبادة تصور على نحوين في نظر الواقف .

فمرة : يجعلها الواقف شرطاً في الوقف بحيث يقول :

وقفنت هذه الكنيسة أو هذه البيعة ، وشرطت أن تكون

للعادة الفلانية

وثانية : يجعلها ركناً في الوقف فيقول :

وقفنت هذه البيعة أو الكنيسة للعبادة الفلانية .

وعلى النحو الأول : فتكون المسألة من صفريات البحث عن أن الشرط الفاسد هل يوجب فساد المشروط أولاً ؟ وطبيعة الحال تكون المسألة منائية فمن يرى الفساد يقول بالبطلان ، ومن لا يكون مثل هذا الشرط عنده بخلا لم يقل بالبطلان .

وعلى النحو الثانى : فلا شك فى بطلان هذا النوع من الوقف لمكونه خصصاً شئ محرم ، وهو كما لو أوقف المحل لجهة محرمة . وأما البحث عن الجهة الثانية :

وهى الوقف على جهة مخصوصة .

فال محدود الموجب للتوقف فيه أن وقف المساجد يكون من قبيل التحرير المطلق فالتقييد بفرقة دون أخرى مناف لهذا التحرير وتعبير أوضح . وقف المساجد يكون من قبيل الايقاعات ، وهى لا تقتضى التقييد ونحوه - وإن قفا - فيما تقدم . أن الوقف ليس من قبيل التحرير ، ولكننا مع هذا نتكلم هنا لحل الاشكال من الوجهة العملية لنقول . أنه بناء على كون الوقفية فى مثل هذه الأمور إعمالاً من التحرير فإما هو الحل لاشكال الاحتصاص بفرقة دون أخرى المتأى للتحريرية ، وهذه المسألة تتمكن أن تنصور صوراً مثل هذا الوقف .

الصورة الأولى - أن يقول المالك حيث يريد الوقف : وقتت هذا المكان لخصوص طائفتنا ولا شبهة فى بطلان مثل هذا الوقف فى هذه الصورة لان ذلك من أكمل مصاديق التضييق المخالف للتحرير ولا يختلف حال هذا الوقف عن قول المالك أعتقت عدى لخصوص الجهة العلانية فالتحرير ليس بتقييد لجهة دون أخرى ، والوقف

في مثل هذه المحلات لا يختص بطائفة دون غيرها ، وإنما يشترك الكل بها .

الصورة الثانية - أن يقول المالك : وقفت هذا المكان ببيعة لعباد الله إذا كانوا يهوداً ، أو مسجداً للمسلمين إذا كانوا مسلمين معتقداً في المثال الأول اليهودي أن عباد الله إنما هم جماعتهم ، وكذلك المسيحي ، وفي المثال الثاني يعتقد الواقف المسلم أن المسلمين إنما هم جماعتهم لا غير .

وفي هذه الصورة يقع الوقف صحيحاً لأن هذا الوقف في الحقيقة لنا نحن المسلمين لأننا عباد الله الحقيقيون ، وأما أولئك فعباداتهم باطلة وهم كفرة فليسوا بعباد الله ، وإنما اعتقده اليهودي مثلاً ولم يصرح به من أن عباد الله إنما هم جماعتهم لا يخلو عن كونه من قبيل الاعتقاد المقارن المخالف للواقع فهو حيال محض لا واقع له .

الصورة الثالثة - أن يقول اليهودي - مثلاً - : وقفت هذا المكان على عباد الله ، وهم نحن أو يقول المسلم من بقية الفرق : وقفت هذا المكان على المسلمين ، وهم نحن الفرقة الفلانية فإن هذه الصورة تكون من صغريات مسألة الخطأ في التطبيق لأن الوقف وقف هذا المكان على عباد الله الحقيقيين معتقداً أنهم جماعته وحيثما فحيث يتبين خطأه يكون الوقف صحيحاً كصورة الاعتقاد المقارن .

نعم لو كان قصد الواقف في مثل ذلك من قبيل التقييد في أصل الانشاء فيكون انكشاف الخلاف فيها موجباً للطلاس .

وعلى أي حال ففي صورتين الثانية والأولى يقع الوقف صحيحاً لأنه إما من قبيل الاعتقاد المقارن ، أو الخطأ في التطبيق .

وقد نصح لنا مثل هذا الوقف كل من كاشف العطاء وصاحب الجواهر - رحمهما الله - فقد قال المرحوم كاشف العطاء : ولو كانت العادة داخلة في المعاملات من وقف أو عتق وبحرهما حكماً نصحتها ، فسأجدهم كساجدنا ومدارسهم وكنبهم الموقوفة ، وبحرها حالنا كحالهم أو هي خاصة لأن العرض من الوقف الأعمال الصحيحة ولا تقسح إلا بنا ، (١)

وأما صاحب الجواهر فقد قال : « لكن هو فاسد من جهة أخرى ، وهي قصد المسجد لأجل صلاة أهل مذهبه ، وهو ما عرفت من مائة التخصيص للمسجدية القاضي بالفساد لأن لا صلاة لأحد منهم من أهل مذهبه كي يصح الوقف لها مسجداً ، ( وفيه ) أن مجرد رعيه ذلك ، وإن لم يكن صريح به بعد أن جمع وقفاً للصلين الذين هم حقيقة أهل الحق لا أهل مذهبه لا يقتضي الفساد بل الوقف في نفس الأمر لهم لا لغيرهم فيحرم صلاتهم فيه دونهم ضرورة صحة وقفهم وفساد ظنهم » .

وأما البحث عن الجهة الثالثة :

وهي إحتياج الوقف لكونه من العبادات إلى قصد التقرب وكيف تحصل القرية من هؤلاء ؟

فن المعلوم أن من يريد خوض هذا البحث لابد له من مواجهة أمرين أساسيين :

الامر الاول - توقف الوقف على قصد القرية لكونه عادة .

(١) كتاب كشف العطاء المقصد ثلاث لا يمن .

الأمر الثاني - نطلع عباداتهم للمفروعية عن ذلك فتكون النتيجة أن عباداتهم ، وجميع وقوفهم ، طلة بما فيها من كتب ومدارس ومعاهد وهل هناك من يخدم في واحد من هذين الأمرين ليصح الوقف منهم خلاف وزاع بين الأساطين ؟ مثل كاشف العطاء ، وصاحب الجواهر ، والمحقق الآخوند ، - رحمهم الله جميعاً - ولهذا لابد من عرض كلماتهم ليسير على ضوئها وربما وصلنا إلى نتيجة .

أما كاشف العطاء : فقد صحح رفقته مساجدهم وما يقبها من المدارس والكتب وما شاكلها حيث جعل محط نظره بأن الوقف من العبادات فقال : « حيث لما أن اعتبارها لا يمنع من صحته من الكافر بناء على كون المراد بالقرب بها قصدها وإن امتنع حصولها كما في العتق لعدم الدليل على اعتبار أريد من ذلك كما في العبادات بالمعنى الأحص ولذا ذهب الكل أو الجمل إلى اشتراط الوقف بالقرب ، وصحته من الكافر فإن الجمع لا ينسى إلا على تقدير كون المراد بالقرب ما ذكر لا حصول التقرب فعلا ، لأن الكفر يمنع من التقرب ، » .

والذي يظهر من كلامه - رحمه الله - أن الاعتبار من القرية هنا ليس إلا قصد التقرب إليه تعالى ، لا نفس لقرب الحقيق ، لأنه ليس من شؤونه وأعماله ، وأن الذي يحصل من الكافر هو قصده لذلك التقرب لا أكثر ، وعليه فلا مانع من الوقف في طره - رحمه الله - .

وشيخنا الاستاذ - دام ظله - رد ما جاء به كاشف العطاء .  
بأن لأرم ذلك هو تصحيح جميع عباداته ، وعدم الاقتصار على موقوفاته لأن التقرب الواقعي المعبر عن نفس القرب لا يتمكن حصوله



حتى ولو كان الواقف إمامياً ، لأن لمرب الحقيقي ليس من شؤون الواقف الإمامي أيضاً ، وعاية ما في البين هو قصد التقرب ، وهذا أيضاً حاصر في المخالف ، وهذا لا يمكن الالتزام به وهو تصحيح جميع عباداته أما صاحب المكفاية فدرس سره فقد أجاب عن ذلك قائلاً :

« وبصفة الوقف على الكافر حتى الذي على البيع والكسائر ، ومن المخالف المعلوم عدم صحة عاداتهما لفقد إيمانها ، ولا يغني ما فيه لعدم إحرار كون الوقف عقداً - إلى أن قال - وأما صحة الوقف من الذي أو العامي فعليه الدلالة على أن الوقف ليس بعبادة بمعنى ما يعتبر فيه الإيمان من غير دلالة أصلاً على عدم اعتبار قصد القرية في صحته أصلاً كما لا يخفى - إلى قوله - والحللة اعتار الإيمان في صحة سائر العبادات لدليل يحصها دون الوقف لا بوجوب عدم اعتبار قصد القرية فيه أيضاً ، وقد عرفت أنه قضية الأصح ، وقد ادعى الاجماع كما أنه لا ريب في عدم اعتبار الإيمان منه إجماعاً ، .

والآن فقد ظهر لنا أن الإيمان الذي يكون ركيزة في عدم حصول التقرب من الكافر ليس هو في الوقف ، بل هو جار في غير الوقف من العبادات لتصريح الأدلة بحريانه وحصوله من الكافر من غير تقييد بإيمان أولاً ، وحينئذ فيكون وقف مساجدهم صحيحاً لا مانع منه ويؤيده قيام الاجماع عليه .

والذي يرد على هذا :

أن التفصيل بين الوقف ، وغيره واعتبار الإيمان في صحة التقرب إنما هو في غير موارد الوقف ، وأما في الوقف فلا حاجة إلى الإيمان

كل ذلك لا دليل عليه . وأما الاجماع المذكور : فربما نوقش فيه من جميع جهاته إلا أن ذلك قد يجبر بما ينه عليه من اعتضاده بالاخبار الدالة على هذا المعنى فان ما أوجب صحة وقعية غير الامامية الاخبار الواردة عن الأئمة - عليهم السلام - المتعرضة لاحكام المساجد في ذلك الوقت ، ومن أن الامامية لم تكن لهم مساجد في ذلك الوقت لحمل تلك الاخبار عليها فإدائها على ذلك لزم أن لا يكون لها مورد فلا بد وأن تكون واردة في مساجد غير الاماميين .

ومن تلك الاخبار ما ورد عن الامام الصادق (عليه السلام) .

حيث يسأله السائل : ما تقول في هذه المساجد التي بنتها الخوارج في طريق مكة فقال (عليه السلام) : يح. يح. نيك أصل المساجد .

إذا فترتيب الاثر على تلك المساجد لدليل على صحة الوقف فيها مع أنها مساجد لغير الامامية لكونهم في ذلك الوقت يعتبرون أقلية ومن صحة الوقف في مساجدهم يمكننا القول بصحة بقية موقوفاتهم من مدارس وكتب وما شاكل . أما بقية أعمالهم العبادية كالصلاة والصوم ، وبقية العبادات فهي لما أن نتوقف عن القول بصحتها بل هي باطلة لفقدانها لشرط أساسى له أهميته في عالم الوقف وهو القرابة مع أنها لا تتحقق منهم .

## مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع

وكثيراً ما تقع المقابر في الطرق والحدود ، وتبقى منها فضلات يستولى عليها البعض للاستفادة منها كدور وحوافيت ، وما شاكل وقد

أخذ الناس يستولون أحياناً على المقابر ليحفظوا منها دوراً لهم ويعتبروا فيها الدفن فما حكم ذلك ؟ .

وقد استظهر شيخنا - دام ظله - بأن حال هذه المداين العامة التي يتخذها المسلمون كقبرة لهم كحال المساجد ، ولا شيء على من استقلها إلا العصيان ، لأنه مع المسلم من الدفن فيها ، ولا يتحقق النصب منه لها ، بل غاية ما في البين أنه منع حقاً ثبت لهم وهو الدفن فعلى من أقدم على جعلها طرقاتاً وجواد يثقت العصيان ، وكذلك على من استعمل الفضلات الدافنة منها أو من تجاوز عليها وجعلها دوراً لا فرق في الجميع من جهة العصيان ، ولا شيء على من يسير فيها لعدم تحقق النصب في البين ليكون السير فيها موجباً لتحقيق لنصرف في مال الغير .

نعم : على رأى المرحوم كاشف الغطاء - قدس - يتحقق النصب حيث ذهب إلى أن لكل بلدة توابع ، ومرافق ، ومنزهات ، ومقابر ، ومزابل ، وما شاكل هذه ، وتكون كل هذه ملكاً لاهل تلك البلدة وحيثما فتكون حيازة المقابر وبانها موجباً لنصب ملك المسلمين ، وهم أهل تلك البلدة ، وترتب على ذلك جميع الاحكام المترتبة على المحل المنسوب . ولكن شيخنا الاستاذ - دام ظله - .

رد نظرية كاشف الغطاء بأن هذه الأمور تبعيتها ليست من تبعية المملوك للمالك ، بل هو من نسخ الحق فان لاهل كل بلدة أن يتنزهوا في هذه الحدائق ، ويدفنوا موتاهم في تلك المقابر ، ويلقوا بالقاذورات في تلك المزابل وبجوار هذه الأماكن يكون الشخص مانعاً لهم من استعمال ذلك الحق المذكور لا أنه عاصب لما نحت أيديهم من الملك .

نعم القبر الذى دفن فيه الميت لا يصح تملكه ، لانه ملك البيت باعتبار حيازة لدائن ذلك المقدار للدفون فلا يصح أخذه ، وأما ما فوق القبر وكذا بقية الأماكن الأخرى الخالية ، فلا محذور فى البناء عليها إلا - ما تقدم أن بيناه - من المنع من حق المسلمين والحيولة دون إستعمال حقهم . هذا فيما لو كان بدن الميت وأجزائه باقية وأما لو تلاشى واندرس فليغير أحد ذلك المكان ، أو الدفن فيه لانه لم يعد هناك من يملك هذا المقدار من الأرض .

# قَاعِدَةُ الْإِلْزَامِ

تعريف القاعدة ، أدلة القاعدة ،  
ما تبدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو  
الإباحة ، تنبيه ، بقي في اليبس شيء ، موارد  
قاعدة الالتزام .



### تعريف القاعدة :

تطلق قاعدة الالتزام ويراد بها ترتيب الآثار الوضعية على الأشخاص من غير الشيعة بما يعتقدونه ، ويدعون به متى كان ذلك في غير صالحهم وكان مخالفاً لمذهب أهل البيت - عليهم السلام - كالزعمهم بأحكام الشفعة ، والميراث ، والطلاق بما ينفردون به عنا .

### أدلة القاعدة :

وتنحصر أدلة القاعدة بالأخبار الشريفة الواردة عن الأئمة عليهم السلام وهي كما يلي :

١ - مكاتبة إبراهيم بن محمد الحمداق ، قال : وكتبت الى أبي جعفر الثاني مع بعض أصحابنا فأتاني الجواب بحظه : هممت ما ذكرت من أمر ابنتك ، وروجها أصلح الله لك من أمرك ما تحب صلاحه فاما ما ذكرت من حنته بطلاقها غير مرة ، فافطر رحمتك الله فان كان ممن يتولانا ويقول بقولنا ، فلا طلاق عليه ، لانه لم يأت أمراً جهله ، وإن كان ممن لا يتولانا ، ولا يقول بقولنا ، فاختلمها منه ، فانه إنما نوى الفراق بعينه . (١) .

٢ - ما عن أبيه عن ابن أبي مسروق عن بعض أصحابنا ، قال :  
ذكر عبد الرضا عليه السلام بعض الملوين ، من كان ينقصه فقال عليه السلام :  
أما أنه مقيم على حرام ، قلت جعلت فداك وكيف وهي إمرأته ؟ قال  
عليه السلام : لانه قد طلقها ، قلت : كيف طلقها ؟ قال : طلقها ، وذلك  
دينه فحرمت عليه (١) .

٣ - ما عن عبد الرحمن بن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال :  
قلت له امرأة طلقت على غير السنة ، فقال عليه السلام : تزوج هذه  
المرأة لا تترك بغير زوج (٢) .

٤ - وما عن عبد الله بن سنان ، قال : سألت عن رجل طلق  
امرأته لغير عده ثم أمسك بها ، حتى انفصلت عدتها هل يصلح لي  
أن أتزوجها ؟ قال عليه السلام : نعم لا تترك المرأة بغير زوج (٣) .

٥ - وما عن علي بن حمزة ، أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن  
المطلقة على غير السنة أتزوجها الرجس ، فقال عليه السلام : لا الزوم من  
ذلك ما الزموا أنفسهم وتزوجوه فلا بأس بذلك (٤) .

٦ - وما جاء عن عبد الأعلى ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :  
سألت عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فقال عليه السلام : إن كان مستحماً

(١) نفس المصدر حديث ٢ ، الاستبصار نفس الموضع .

(٢) في مسائل كتاب الطلاق باب ٣٠ حديث ١٤٣ الاستبصار جزء ٣ ص ٢٩٢

(٣) في مسائل نفس الموضع حديث ٤ ، الاستبصار نفس الموضع .

(٤) في مسائل نفس الموضع حديث ٥ ، الاستبصار نفس الموضع وفي

الجزء ٤ ص ١٤٨ عن نسخة الزوم ما الزوم ، منهم .



بالطلاق زوجته ذلك ، (١) .

٧ - وما عن محمد بن عبدالله العلوي ، عن أبيه قال : « سألت  
أما الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثاً ، فقال لي : ان  
طلاقكم الثلاث لا يحل لعيركم ، وطلاقهم حل لكم ، لا لكم لا تزول  
الثلاث شيئاً ، وهم يوحونها » (٢) .

٨ - ورواية عبدالله بن طاووس قال : « قلت لأبي الحسن  
الرضا عليه السلام إن لي ابن أخ زوجته نسي وهو يشرب الشراب ، ويكثر  
من ذكر الطلاق فقال عليه السلام : ان كان من اخواتك فلا شيء عليه ،  
وان كان من هؤلاء فأدبها معه ، فانه عن القراق قال : قلت أليس  
قد روى عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : إياكم والمطلقات ثلاثاً في محسن  
واحد فانه دوات أرواح ؟ فقال عليه السلام : ذلك من اخواتكم لا من  
هؤلاء ، انه من دان بدر زوجته أحكامهم » (٣) .

٩ - وما عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « سألت  
عن الاحكام قال يجوز على أهل كل دي دين ما يستحلون » (٤) .

١٠ - وما عن عبدالله بن محرز ، قال : « قلت لأبي عبدالله  
عليه السلام . ترك رجل أمته ، وحتة لابيه وأمه ، فقال عليه السلام : المال  
كاه لأمته ، ليس للأخت من الأب والأم ، شيء فقلت : وإياها قد

(١) الوسائل من موضوع حديث ٦ ، الاستبصار من موضوع .

(٢) الوسائل من موضوع حديث ٨ ، الاستبصار من موضوع .

(٣) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣ حديث ١٢ .

(٤) التهذيب جزء ٩ من ٣٢٢ الطبعة الحديث ، الاستبصار جزء ٤

احتجنا الى هذا والرجل الميت من هؤلاء الناس ، واخته مؤمنة عارفة قال : نأخذ لها النصف خلوا منهم ما يأخذون منكم في سنتهم وقضايهم وأحكامهم . (١) .

١١ - ما عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سألت الرضا عليه السلام ، عن ميت ترك أمه ، وأخوه وأخوات فقسم هؤلاء ميراثه ، فأعطوا الأم السدس ، وأعطوا الأخوة والأخوات ما بقي ، فأتت الأخوات فأصابت من ميراثه فأحبت أن أسألك هل يجوز لي أخذ ما أصابي من ميراثها على هذه القسمة أم لا ؟ فقال عليه السلام : بلى ، فقلت إن أم الميت - فيما تلقى - قد دخلت في هذا الأمر - أعني الدين - فسكت قليلا ، ثم قال : حذره (٢) .

ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة :

هذه الأخبار وإن اختلف التعبير فيها إلا أنها تشترك جميعاً في ضابط واحد ، وهو جواز الأخذ من دان يدين بمقتضى ما ألزم به في دينه .

وصراحة هذه الأخبار في هذا المقدار من جواز الأخذ لا غبار عليها ، ولا توقف فيها . ولكن الخلاف في أن ما تدل عليه هذه الأخبار الشريفة هل هو الحكم الواقعي أو الإباحة الصرفة ؟ والفرق بين هذين واضح فإن القول بأن ما تنفذه القاعدة هو الحكم الواقعي معناه التصويب فثلاً ؛ لو طلق السي زوجته طلاقاً صحيحاً عندهم باطل عندما فإن اعتقاده صحة ذلك الطلاق يكون موجباً لجعل الصحة واقعاً

(١) من المصدر من ٣٢١ الاستبصار نفس الموسع .

(٢) التهذيب . جزء ٩ من ٣٢٣ .

في حقه ويكون هذا الموانع ثانياً موجباً لا انقلاباً لحكم الواقع في حقه نظير الانقلاب في موارد الاضطراب فلو اضطر الانسان الى شرب الخمر - مثلاً - فان الاضطراب المذكور يوجب حليته له وفقاً وأما القول بالإباحة فان الواقع لا يتبدل في حق - الشخص السي - بواسطة اعتقاده بصحة ما أوقفه من ذلك الطلاق بل يكون الطلاق فاسداً بالنسبة اليه وتكون الزوجة ماقية بعد طلاقه المذكور على الزوجية وأقصى ما في الدين أن الشارع المقدس أباح لنا الزوجية تلك المرأة التي وقع عليها ذلك الطلاق - كما سيأتي توضيح ذلك - فيما بعد - والاشكال عليه .

ويستظهر شيخنا - دام ظله - ما ما تفيد هذه الأخبار ، هو الحكم الواقعي الثاوي ، ويظهر ذلك جلياً من الاخبار المتقدمة . وفي مكتبة الهمداني يرى الامام الجواد أبا جعفر الثاني عليه السلام يقول : « و كان ممن لا يتولانا ، ولا يقول بقولنا ، فاحتلما منه فانه إمامي العراق ، وفي رواية عبدالله بن طاووس يقول لامام الرضا عليه السلام مثل ذلك وفي رواية ابن الهيثم قال عليه السلام : « إنا أنه مقيم على حرام » . وهكذا الحال في رواية عبدالرحمن البصري يقول الامام أبو عبدالله عليه السلام : « هذه المرأة لا تترك غير روح » . هذه الفقرات المذكورة دللتنا بصراحة على أن الطلاق الذي وقع من الشخص المخالف يكون صحيحاً ، واقفاً لان تمبير الامام عليه السلام بالاحتلاع والابانة لا ياسب بقاء تلك المرأة على زوجيتها ، وأن الطلاق منها غير واقع ، وكل ما في الدين هو إباحة الزوج بها وهكذا قوله عليه السلام : « فانه إمامي العراق - أو موى انفراق - فان نية الفراق ليست إلا قصده ، واعتقاده بصحة طلاقه ، وحينئذ فيكون مجرد صدور الطلاق

منه كافياً بالزومه به وإحتلاع الروجة وإمانتها منه .

ولو لاحظنا قول الامام عليه السلام لا تترك غير زوج رأينا ما ذكرناه واضحا ، فان ذوق المشرع لا يقل أن يكون حكمهم عليهم السلام بجوار الزوج تلك المطلقات من قبيل الزواج بتلك المرأة مع كونها لا تزال معلقة بحالة الزوج الأول ليكون ذلك من قبيل الاماحة الصرفة .

ولو تأملنا ملياً قوله عليه السلام : - أما أنه مقيم على حرام - لرأينا واضحا في الدلالة على المقصود فان الإقامة على الحرام ، إنما تتم لو كان الطلاق قد وقع من ذلك الشخص فعلا ، فالمرأة إذا أجنبية عنه وهو مع ذلك يقيم معها ، وحينئذ فيصح التعبير بأنه يقيم على حرام وإلا فلو كانت الروحية باقية ، والطلاق غير صحيح ، فإنه لا يقيم على حرام بل يقيم مع امرأته .

وربما توجه الحرمة في قوله عليه السلام : بأنه مقيم على حرام ، بان هذه الحرمة حاصلة بالتجرى الصادر منه لانه مقيم معها ، مع كونه معتقداً لكونها مطلقة .

والجواب عن هذا لتوجيهه : بان صرف التحريم الى التجري تأباه طبيعة التعبير المذكور في الروايات الآتفة الذكر ، وكان الأنسب لتصريح به . لا القول . بأنه مقيم على حرام ، الظاهر في إقامته على الزنى . وهذا المعنى هو الذى يظهر من الشيخ الطرمى - رحمه الله - في الاستنصار ، والتهذيب ، ومن صاحب السرائر ايضا ، وربما ترقى صاحب السرائر فادعى الاجماع عليه حيث قال :

« وقد روى أصحابنا روايات متطاهرة بينهم ، متناصرة ، وأجمعوا »

عليها قولاً ، وعملاً أنه إن كان المطلق مخالفاً ، وكان ممن يعتقد لزوم  
الثالث لزمه ذلك ، ووقعت الفارقة ، وإلما لا تنفع إذا كان الرجل  
معتقداً للحق .

ومن هذا وأمثاله يظهر لنا جلياً ، أنهم كانوا يخرجون المسألة على  
أفادتها للحكم الواقعي التأوي ، بل قد ترقى كما عرفت ، ونقول . أما استبعاد  
الاجماع على ذلك ، حسماً تبين لنا من عبارة السرائر في قوله : « روى  
أصحابنا وأجمعوا عليها قولاً وعملاً » .

هذا ولو تنزلنا عن لقول ، بأن محصل القاعدة المذكورة هو  
الحكم الواقعي التأوي . وأن أقصى ما تنفيده هو الزامه بما يدين به ،  
بإمكان أن نستدل على صحة هذا الدرع من الطلاق الفاقد لشروط  
عندنا مثلاً ، بما تنفيذه من كلمات الأئمة عليهم السلام ، حيث نرى  
الامام الرضا عليه السلام يأمر السائل بالزواج ، من تلك المرأة ، وأن لم تكن  
في الدين بمأمنة من طرف الزوج ، بل كانت قد تركها لسبيلها ومضى  
- كما في رواية علي بن حمزة - أنه : سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن  
المطابقة ، على غير السنة أين زوجها الرجل ؟ فقال عليه السلام : « الزوم من  
ذلك ما الزومه أنفسهم ، وتزوجوه فلا بأس » .

فإن أمره عليه السلام بزواجهن ، مع عدم فرض المأمنة في كلام السائل  
وترك الاستفصال من جهة الامام ، لم يكن منزلاً على مجرد قاعدة  
الالزام ، إذ لا مأمنة في الدين من طرف الزوج لما هو مفروض ليلزم  
بما صدر منه ، بل لم يكن أمره بالزواج فيما يظهر إلا لأن الطلاق قد  
حصل ، فيجوز حينئذ للغير الزوج بهذه المرأة .

والرواية وإن ذكرت الالتزام طاهرها إلا أنه ليس من باب

مطالعة الروح بحق وإرجاع روجته اليه ، بل من باب أنها مطلقة ،  
وأن لطلاق نافذ في حقها . فيسأل الامام عليه السلام عن حال تلك المطلقة ،  
هل يتزوجها الرجل أو لا ؟ . فالجواب : من الامام عليه السلام بعدم البأس  
بزواجها لدليل على نفوذ ذلك الطلاق الصادر من الزوج الأول .  
هد ما يمكن الاستدلال به للقول بصحة الطلاق ، أو غيره مما  
هو مورد لقاعدة الالتزام ، وإن ما تفيد القاعدة هو الحكم الواقعي  
الثانوي .

أما القول بالاباحة :

وإن عية ما ندل عليه قاعدة الالتزام هو مشروعية الالتزام بما  
الزموا به أنفسهم ، فربما ظهر ذلك من صاحب الجواهر ، في مورد  
ذكره لمحة من النصوص حيث قال : وغير ذلك من النصوص الدالة على  
التوسعة لنا في أمرهم وأمر غيرهم من أهل الأديان .  
ومن هذه العبارة نستفيد أن صاحب الجواهر ينظر إلى المسألة  
منظار لتوسعة فيكون من قبيل الاباحة لنا ، لا من باب الحكم الواقعي  
الثانوي ولكن ورود عبارة : وأمر غيرهم من أهل الأديان ، وكلامه  
ربما يشمر ، فإنه من قبيل الحكم الواقعي ، إذ للظاهر أن باقي الأديان  
يكون جريانها على طبقها معهم من قبل الحكم الواقعي .  
وهناك وجه آخر : وهو أن تكون التوسعة في كلام صاحب  
الجواهر من قبيل علة التشريع : بمعنى أن الطلاق منهم - مثلاً - الواقع  
على مذهبهم وإن كان مقتضى الدليل الأول فساد ، ولكن الشارع  
مئة وتوسعة علينا حكم صحته فيكون حال هذه الملة حال قوله عليه السلام

في باب الغنائم : « وأحل ذلك لشيعتنا لتطيب بذلك موالدهم ، وعن احتار القول بالإباحة المرحوم الشيخ حسر آل كاشف الغطاء في كتابه أنوار الفقهاء - حسبا نقل عنه المرحوم الشيخ محمد جواد البلاغي في رسالته - فقال : « فظمر مما ذكرنا أن طلاق المخالفين بمضى عليهم ، وإن كان فاسداً عندنا ، وهذا الحكم عام لكل صور الطلاق على غير السنة سواء تعلق بمؤمة ، أو مخالفة فإنه يحكم بوقوعه على وفق مذهبه بالنسبة إليها ، وإن كان فاسداً في الواقع ، وكذا بالنسبة إليهم ، ولا منافاة بين البطلان وبين اجراء حكم الصحة بالنسبة إلينا لطفاً منه فهي وإن كانت روجة لهم ولكنه حلال لنا ، وحرام عليهم ، أو يقال هو صحيح من وجه ، وفاسد من وجه آخر ، ولو استبصر جرت عليه الأحكام الماضية ، كما تجري علينا ، ولا يلزم إعادة ما فعله من العقود والايقاعات الباطلة بالنسبة إليها ، الخ

وعبارته هذه تعطينا بصراحة رأى الشيخ ، وإيه القول بالإباحة ولكن لنا أن نسائل عن معنى عبارته السابقة

« ولو استبصر المخالف جرت عليه الأحكام الماضية كما تجري علينا ، ومعنى ذلك أن مثل هذا الطلاق بالثلاث يكون نافذاً عليه بعد استبصاره كما أنه نافذ علينا أيضاً فيجوز لنا تزوج تلك المرأة ، وإن استبصر زوجها - إلا - أن ذلك مناف لمكون ذلك من قبل الإباحة فإن مقتضى الإباحة ، هو عودة الزوجية له بمجرد الاستبصار .

وأحسن ما يقال في توضيح عبارة المرحوم الشيخ حسن كاشف الغطاء . أو توجيهها على القول بالإباحة ما قيل : « من أن الأمر بالتزويج

والاختلاع ، والآية ، والأخذ . لا يدل على الصحة ، بل من  
 الجائز تشريع تزويج روجة المخالف فتخرج عن الزوجية ، ذلك ، .  
 وقد تأمل شيخنا - دام ظله - فيما دلت عليه هذه العبارة متوقفاً  
 فان خروج المرأة عن الزوجية إن كان قبل التزويج ، فهو ما ذكرناه  
 من أنها قد ماتت منه قبل الزوجية الجديدة ، أى بمجرد طلاقه لها  
 وإن كان بعد التزويج ، فهذا مما يحتاج الى دليل لان عقد التزويج اذا  
 ورد عليها ، وهى فى حباله زوجها الاول لا يكون تزويجها موجباً  
 لانسلاح زوجيتها ، فكيف يصح له أن يقول : « فتخرج عن الزوجية  
 بذلك » . فانا اذا صححنا تزويج المخالفة لا يكون التزويج موجباً  
 لخروجها عن الزوجية الاولى .

ج - . ينبغي لنا أن نقول : أن زوجيتها الاولى باقية ، وان  
 كما قد تزوجتها ، فتكون روجة للاول حقيقة ، ونكون زوجة للثاني  
 بمقتضى الالتزام - وهذا لا يحلو عن غرامة .

وفى موضع آخر قال مستدلاً على الإباحة :

« ومن المعلوم أن إرتكاب ذلك فى مقام الجمع بين الأدلة أهون  
 من لبناء على صحة الطلاق العاقد للشرائط ، بل هو مقتضى الجمع  
 العرفى بين الأدلة الاولى ، وبين هذه النصوص » .

ويعلق شيخنا - دام ظله - على ذلك بأنه لم كان ذلك أهون ؟  
 ولماذا لم نقل أن صحة الطلاق . باعتبار كونه معتقداً لصحته يكون من  
 قبيل الأحكام الواقعية بعناوينها الثانوية الذى لا نخلو روايات الباب  
 من الاشارة به - كما مر عليك - .

ومما يستدل به على القول بالإباحة ، وعدم استفادة الحكم الواقعى



الثانوى ما ورد فى رواية محمد بن عديله العلوى :  
قال . سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثا  
فقال ، عليه السلام . إن طلاقكم الثلاث لا يحمل لغيركم ، وطلاقهم يحمل  
لغيرهم ،

وحمل لشاهد فى هذه الرواية هو قوله عليه السلام : « إن طلاقكم الثلاث  
لا يحمل لغيركم » .

فيقال : إن الاستفادة من قاعدة الالتزام هو اليذوة ، وصحة الطلاق  
فإن طلاق الشيعي الثلاث نحر ما يملونه ، وإن لم يكن صحيحا عندما  
- أى عند الشيعة - إلا أنه صحيح عند السنة ، لأنه موافق لمذهبه فعلى  
هذا لا بد أن يكون حلالا لغيرنا .

ومن عدم الحلية يستبعد أن الموضع لا يجرح عن كون الزوجية  
باقية ، وأن الطلاق لا يقع صحيحا ولهذا لا يحمل لمخالفتنا .  
أما أن طلاقهم يحمل للشيعة ، فهو كذلك لعدم حصول الطلاق .  
ولا أنه توسعة من الشارع المقدس ، وإباحة لذلك فقد أجاز لنا التزويج  
بنسائهم ، ويكون حال هذا كحال من لم ير العقد بالفارسية صحيحا ،  
مع أنه عقد بذلك ، فإن من يرى صحة ذلك العقد يصح له أن يرتب  
الآثار ، وإن كان الذى صدر منه العقد لا يرى صحة ذلك .  
وأجاب شيخنا - دام ظله - .

عن هذا الاستدلال - « ما حيث نقول : بأن الطلاق يكون موجبا  
للبيذوة ، ويكون حكما واقعيا ثانويا ، فاعما هو فى خصوص ماله كان  
المطلق يمتد صحة الطلاق ، فهذا غير داخل فيما ذكرناه وليس هو من  
قيل العقد بالفارسية ، لأن العقد بالفارسية يكون موجبا لتحقيق النقل

والانتقال عند كل من يرى أن العقد بالفارسية صحيح ، وإن كان موقع العقد لا يعتد بذلك .

والآن - وبعد أن عرفت أن محصل قاعدة الإلزام ، هو الحكم الوافى التام - فلا بد من الانتقال إلى بحث جديد ذلك هو : أن هذا الحكم التام هل هو محدود عما دام الشخص باقياً على خلافه ؟ لتكون العلة - ماداميه - أو أنه لا يكون محدوداً بذلك ، بل يبقى الحكم المذكور ملزماً به ، وإن ارتفع الوصف عنه بأن كان قد تشيع بعد ذلك . و - كما عرفت - أن ثمرة هذا البحث تظهر فيها لو تشيع المخالف فيما بعد ، فهل تكون الزوجة مباحة منه أو لا ؟

اختار شيخنا : الثاني ، وإن الحكم لا يكون محدوداً لأن الخلاف علة محدثة ، ومبينة في الوقت نفسه ، ولا ينصغ فيه زوال الاعتقاد بعد ذلك بالاستبصار .

ويستدل على ذلك برواية عبد الأعلى ، عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته فلاناً قال عليه السلام : إن كان مستحماً بالطلاق الزمته ذلك .

باء على أن ظاهر قوله عليه السلام : وإن كان مستحماً بالطلاق الزمته ذلك ، حين صدوره منه ، بل يمكن دعوى ظهور ذلك في الحيلة . وكذلك الحال في مكاتبة الهمداني ، وعداقه بن طاووس في قوله عليه السلام فإن كان ممن لا يتزلزل ولا يقول بقولنا فاحتلما منه ، فانه إنما عي الفراق ، وقد عرفت أن المراد من نية العراق في مثل ذلك هو قصده عن اعتقاد بصحته ، وحيثما فيكون مجرد صدور الطلاق على وفق

مذهبه كافياً في الزامه به ، فلا يكون امتصاصه بعد ذلك مؤثراً في دفع ذلك الحكم عنه .

مضافاً الى أن هناك ما يوجب كون العلة محدثة ، ومقوية لا أنها ما داميه هو أن هذا النوع من الأحكام من الطلاق ، والبنوة لا يقبل التقييد بالدوام . ما دام القيد الفلاني موجوداً - من يكون صدور مثل هذه الأحكام موجباً لدوامه ، ويكون حاله حال العتق والبراء ، ويحوى عما لا يقبل التقييد بالدوام ، فلا يصح القول للعتق العادل ، أو الامس ( أنت حر ما دمت عادلاً ) أو ( أنت حر ما دمت آمياً ) أو ( أنت حر ما دمت حياً ) .

تفسيه :

لا بد لنا من بيان أن من يقول بأن العلة ماداميه ، فيكون الحكم دائراً مدار وجود العلة ، لا يقول بذلك على الإطلاق وإنما يقول به فيما إذا لم يترتب أثر على تلك الأشياء ، التي صدرت منه حال وجود الوصف عنده ، أما لو ترتب الأثر فلا .

ومثال ذلك : ما لو طلق السى زوجته بطلاق مطلق عندما صحيح عندهم ، كأن قال لها - أنت طالق ثلاثاً - ولزمت الزوجة عدة لذلك الطلاق ، وانقضت العدة ، وتزوجت بعد كل ذلك بشخص آخر ، فهنا لو تشيع الزوج ، فلا يمكن له الرجوع بزوجه إذ لا شك في صحة العقد الجديد ، سواء قلنا ببقاء الإلزام ، أو لم نقل . نعم لو كان العقد الجديد وانفاً في أثناء عدتها ، أمكن القول بالبطلان .

ويشهد له ما ورد في صحيحة - محمد بن اسماعيل بن بزيع

- المتقدمة : سألت الرضا عليه السلام عن ميت ترك أمه وأخوة وأخوات فتقسم هؤلاء ميراثه ، فأعطوا الأمم السادس ، وأعطوا الأخوة والأخوات ما بقى ، فأت بعض الأخوات ، فأصابني من ميراثه ، فأجبت أن أسألك ، هل يجوز لى أن أخذ ما أصابى من ميراثها على هذه القسمة أم لا ؟ فقال : بلى . فقلت : أن أم الميت فيما بلغنى قد دخلت في هذا الأمر - أعنى الدين - فسكت قليلا ، ثم قال عليه السلام : خذه .

وطريق الاستشهاد بهذه الرواية ، هو أن التشيع لم ينفع في إلغاء الآثار السابقة لوجود الأثر ، وهو التملك فان الورثة تملكوا ما وصل اليهم من التعصيب بناء على مذهبهم ومنه الميثة ، وحيث كان التملك أثراً ، فلا ينفع التشيع بعد ذلك ، وعلى الآخر في فرض مسألتنا فان التملك كان بدوجتين :

الأول - تملك الطبقة الاولى من الأخوة ، والأخوات من الميثة .  
الثانية - تملك - ابن بزيغ - نفسه من أحد المالكين بواسطة الأثر منها بلا فصل ، وهى والدته ، وهذه الآثار توجب عدم فائدة التشيع ، ويكون حال التملك حال حصول الزواج من المرأة المطلقة .

بقى في البين شيء :

وهو أنك بعد أن عرفت أن رأى شيخنا الاستاذ - دام ظله - أن يحصل قاعدة الإلزام ، هو الحكم الواقعى الثانوى ، وأن الملة محدثة ومبقية ، فحينئذ لا يمكن أن تشيع من السنة أن ينقض ما أبرمه سابقاً في حال النكاح بأحد المذاهب الأربعة من طلاق ، أو ميراث أو غير ذلك من صفريات القاعدة . هذا ما تم الى الآن . ولكن هل لنا طريق

تتمكن بواسطته من تصحيح رجوع الشخص الذي كان سبياً فتشيع  
بزوجته وإن قلنا بصحة الطلاق السابق في مورد من طلق في حال النسيء ،  
أو غير مورد الطلاق من الموارد ؟

ويجاب عن ذلك بالإيجاب :

فإن لنفس التشيع خصوصية فيكون رافعاً لقام الآثار التي حصلت  
في السابق حينما كان سبياً .

ويستدل له بما تضمنته مكتبة علي بن سويد عن أبي الحسن  
موسى عليه السلام ذكرها في الوسائل في باب من طلق مرتين أو ثلثاً أو  
أكثر مرسة من غير رجعة - إلى أن قال - فأما من دخل في دعوتنا  
فقد هدم إيمانه ضلاله ، وبقيته شك ، ويكون موضع الاستناده في هذه  
الرواية قوله عليه السلام : « وأما من دخل في دعوتنا ، فهو شامل لجميع الآثار  
السابقة حتى حرمة الزوجة على زوجها ، لو طلقها طلاقاً فافداً لبعض  
الشروط عندما جامعا لكل الشروط عندهم .

إلا أن الصحيح خلاف ذلك لعدم استفادة الإطلاق من مثل  
هذه الرواية المذكورة ، حتى بالنسبة إلى ما نحن فيه من هذه الآثار .  
ويؤيده فرض ما لو تزوج ، بمن هو حلال عندهم ، حرام عندنا ،  
كمن زنى بذات العلق ، ثم تزوج بها ، ودخل فانهم لا يقولون بحرمتها  
على الزاني ، وعليه فلو تزوجها وتشيع بعد ذلك ، فالظاهر حرمتها عليه  
وإن قلنا بصحة نكاحه مادام سبياً .

وكذا لو تزوج بعير هذه عن كات حرام عندنا ، وحلال عندهم  
فإن تشيعه يحتم عليه تركها ، وإن كان عمله السابق صحيحاً ، وأولاده  
يلحقون به . وهذا يؤيد أن التشيع لا يكون موجبا لرفع جميع الآثار

التي كانت مترتبة في السابق ، وقد تطرق لمثل ذلك في الجواهر في مواضع منها عند شرح قول المصنف قدس سره :  
 « وإذا أسلم الذي على أكثر من أربع ، ومنها في كتاب الحدود فراجع هناك »

## موارد قاعدة الالتزام

موارد قاعدة الالتزام كثيرة ، فكما سبق أن للشيعة الزام غيره من العامة ، ما يدين به وتطبيق ذلك عليه ما دام ملتزما به وليس من السهل أن تحصى جميع تلك الموارد على سبيل الضبط ولكننا نتطرق الى البعض منها على سبيل التوضيح :

المورد الأول - النكاح :

ويشتمل على فروع عديدة :

الفرع الاول - الاشهاد في النكاح .

من المعلوم أن الشيعة الإمامية لا ترى وجود الشهادة بما يتوقف عليه عقد النكاح ، بمكسه في الطلاق حيث يوجبون حضور شاهدين عدلين .

وأما العامة فقد ذهبوا الى ضرورة وجود الشاهدين في عقد النكاح وإلا لما كان العقد صحيحا قال في الفقه على المذاهب الاربعة ج ٤ ص ٢١ ، الشرط الرابع من شروط النكاح الشهادة فلا تصح إلا بشهادة ذكرين بالغين عاقلين عدلين .

ونناء على هذا فان قاعدة الالزام تجري في حق كل سبي تزوج امرأة شيعية ولم يحصر العقد شاهدان فان هذه المرأة ليست زوجة على مذهبه . وحيث ان يلزم هذا لشخص تطبيق تمام الآثار المترتبة على بطلان كل نكاح لم تحصل فيه الشهود أو حصل ولكسهما امرأتان على رأى أبى حنيفة لان من دان بدين لزمته أحكامه ومن تلك الأحكام انها لا ترثه ولا تستحقه النفقة ولا ينعم لهذه المرأة أنها زوجة على مذهبه لان قاعدة الالزام الجارية في حق الزوج فرضت انفصال كل منهما عن الآخر إذ لا يتبعض الحكم الشرعى هنا فلا يمكن القول بانها زوجة على مذهبه وليست زوجة على مذهبه بل أن الزوجية قد انقطعت بمجرد جريان قاعدة الالزام وكان هذا حكماً واقعياً ثانوياً جار على كلا الطرفين .

الفرع الثاني - الجمع بين العمة والخالة وبنات الأخ أو الأخت .

من المحرمات عند العامة الجمع بين العمة ، وبنات الأخ والخالة ، وبنات الأخت وان تزلت البنت . وقالوا ببطلان العقد على المتأخرة قال في الفقه جزء ٤ ص ٦٨ . يحرم الجمع بين اثنتين إذا فرضت كل واحدة منهما ذكراً حرم النكاح بينهما ، فيحرم الجمع بين الاثنين - الى قوله - وكذلك الجمع بين البنت ، وعمتها ، أو خالتها فانما لو فرضنا واحدة منهما ذكراً لم يحل له أن ينكح الأخرى .

وأما الشيعة فلم يروا في ذلك بأساً اذا حصل الرضا من الزوجة .

قال المحقق الحلي في شرائعه في الفصل الرابع من كتاب النكاح

« ومن نوابيع المصاهرة تحريم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً وبنات أخت الزوجة وبنات أخيهما إلا برضاء الزوجة .

وحيث أن فلان كانت للثاني زوجة وأدخل عليها بنت أخيها أو  
أختها برصاتها فهي زوجة عند الشيعة وليست بزوجة عندهم لأن عقد  
هذه متأخر عن الزوجة وعليه فلا بد من إلزامهم بجميع الآثار المترتبة  
على فساد المتأخرة ، وتحريم ذلك العقد ولهذا الفساد آثار كثيرة  
فلشيعي تطبيقها إلزاماً لهم بما يدينون به .

### الفرع الثالث - العدة على الياسة :

قال العلامة الخلي - رحمه الله - في نصرته ، كتاب الطلاق عند  
التعرض للبحث عن العدد ، لا عدة في الطلاق على الصغيرة والياسة  
وغير المدخول بها .

وفي الفقه على المذاهب في الجزء الرابع ص ٥٤٩ قال : « تعتد  
المطلقة الأيسة من الحيض ثلاثة أشهر من تاريخ طلاقها وقد عرفت  
أن المطلقات الأيسات من الحيض بوعان : أحدهما الصغيرة التي دون  
تسع سنين - إلى قوله - ثانيتهما : الكبيرة وفي سنين - أي أسبوعاً التفصيل  
للمتقدم » .

وحيث أن قاعدة الإلزام تلزم من كان من العامة يرى ثبوت العدة  
على هاتين الأيسه والصغيرة أن لا يعقد في عدتهن على الأخت وسائر  
من يحرم عندهم الجمع بينهما وكذلك لا يجوز عقده على الخامسة مادامت  
في العدة وهكذا بقية أحكام العدة .

### المورد الثاني - الطلاق الفاسد :

وفيه فروع :



الفرع الأول - طلاق الثلاث من غير رجعة .

فلو طلق السني زوجته بقوله : « أنت طالق ثلاثا » كان عندهم صحيحا وعند الشيعة باطلا وتجرى فيه قاعدة الازام .

قال في الفقه على المذاهب الأربعة الجزء ٤ ص ٣٤٩ ما يلي :  
« فإذا طلق الرجل زوجته ثلاثا دفعة واحدة ، بان قال لها :  
أنت طالق ثلاثا لزمه ما يطلق به من العدد في المذاهب الأربعة وهو  
رأى الجمهور » .

قال المحقق الحلي - رحمه الله - في شرائعه ، كتاب الطلاق .  
عند التعرض لأقسام الطلاق .

« فالبدعة ثلاث طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج  
معيها ومع غيبته دون المدة المشترطة وكذا الفسأ أو في طهر قريبا  
فيه وطلاق الثلاث من غير رجعة بينهما والكل عندنا باطل لا يقع  
معه طلاق » .

ويقع البحث في هذا الفرع في صورتين :

الأولى - فيما لو أراد أحد الشيعة الرواح بتلك المطلقة .

الثانية - لو تشيع الزوج بعد أن كان سنيا وكان قد طلق زوجته  
على النحو المذكور وأراد التزويج من تلك المرأة بعد ذلك فهل يجوز  
ذلك ، ويسوغ له الاقدام عليها حاله فيها كحال بقية الشيعة أم لا بد لها  
من روح يحملها عليه عملا بمقتضى الآية الكريمة : « الطلاق مرتان  
فإنك إن عرفت أو نسيت إنك طلق » . إلى قوله - فان طلقها فلا تحل  
له حتى تنكح زوجا غيره » .

والمفروض أن هذه المرأة مطلقة ثلاثا على مذهبه حين كان سنيا

فيكون ملزماً بما يقتضيه مدعاه السابق .

أما الصورة الأولى - فلا إشكال في جوار الزوج بهذه المرأة لغير الزوج لأن هذا الأثر هو مورد النصوص المتقدمة ، والدالة على أن الزوجة تين منه واقعاً حلقاً لمصلحة الثأرية ، ولا يقف شيء في طريق هذا الزواج . الصورة الثانية - وحيث عرفت أن محل الالتزام هو الحكم الواقعي الثأوي ، فهذا يقع الطلاق صحيحاً منه ، وبما أن هذا الحكم لا يكون محدوداً ، بما دام سنياً بل أن تسفه يكون علة في تحقق الحكم بالانفصال ونقائه فحينئذ لا فائدة في تشبیه بعد ذلك ولا يتمكن من الرجوع إليها بدون محل شرعي .

الفرعان الثاني ، والثالث - طلاق المرأة في حال الحيض ، وحلقتها في طهر وأصمها فيه قال في كتاب المغني لأن قدامة الجزء ٧ ص ٩٩ مايلي : « فصل فإن طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً أو في طهر أصابها فيه أثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم الخ » وقد تقدم في الفرع الأول نص كلام المحقق الحلي في بطلان الطلاق في هاتين الحالتين فراجع وحينئذ فيجوز للشيعي أن يزوج بتلك المطلقة الزاماً لهم بما يدينون به من صحة الطلاق ووقوعه .

#### الفرع الرابع - طلاق السكران :

قال ابن قدامة في الجزء ٧ من المغني ص ١١٤ . « مسألة قال وعن أبي عبد الله رحمه الله في السكران روايات رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع » وفي الشرح يقول ونبق في المسألة روايتان إحداهما يقع طلاقه إحتارها أبو بكر الخلال والقاضي وهو

منهيب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي الى قوله : « والشافعي في أحد قوله وشهره وأن حيفة الخ » راجع أيضاً بداية ابن رشد جزء ٢ ص ٨٩ .

قال المحقق الحلبي - رحمه الله - في شرائعه : « الشرط الثاني العقل فلا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا من رآه عقله بغماء أو شرب مرقه لعدم القصد » كتاب الطلاق . وعلى هذا فإن قاعدة الالزام تقضى بالزواج لمطلقة السكران وترتيب بقية الآثار الخاصة بطلاقها منه وتزوجها بغيره .

#### الفرع الخامس - طلاق المسكره :

قال المحقق في شرائعه من كتاب الطلاق ما يلي :  
الشرط الثالث الاختيار فلا يصح طلاق المسكره .  
وجاء في المعنى لابن قدامة جزء ٧ ص ١١٨ ما يلي :  
« لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المسكره لا يقع - الى قوله - وأجازه أبو قلامه والشعبي والنخعي والزهرى والثوري وأبو حنيفة وصاحباؤه لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه كطلاق غير المسكره » .  
ومورد الالزام في ذلك أن المطلق لو كان تابعاً لاني حنيفة وغيره ممن يصح طلاق المسكره فلتسبي الزامه بذلك واعتبار زوجته منفصلة عنه واجراء كافة الأحكام المترتبة على عدم الزوجية بين الطرفين .

#### الفرع السادس - الطلاق المعلق :

قال ابن رشد في بدايته ج ٢ ص ٧٩ : « وأما تعليق الطلاق

مالأعمال المستقلة فان الأعمال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب أحدها ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدم ريد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف ، الى آخر ما ذكره هنا من وقوع الطلاق المعلق بأنواعه .

وأما الجفرية ، فقد قال في الجواهر - تعليقاً على قول صاحب الشرائع في هذا الخصوص في كتاب الطلاق الركن الثالث في البحث عن الصيغة - : « ويشترط في الصيغة تجردها عن التعليل على الشرط المحتمل وقوعه نحو أن جاء زيد وعلى الصفة المعلوم حصولها نحو اذا طلعت الشمس في قول مشهور بل لم أنف فيه على مخالف منا بل في الانتصار والابضاح والتنقيح والروضة ومحكى السرائر وغيرها الاجماع عليه وهو الحجة » .

ومن البديهي أن العامة نقول بحصول الطلاق لو تحقق ما علق عليه وباء على هذا فان لغیرهم الزامهم بذلك وترتيب جميع الآثار على ذلك .

### الفرع السابع - الخلف بالطلاق :

قال ابن رشد في بدايته جزء ١ ص ٣٩٧ « واتفق الجمهور في الإيمان التي ليست أقساماً شىء وإنما تخرج مخرج الإلزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القائل فان فعلت كذا فعلى من شىء الى بيت الله أو أن فعلت كذا وكذا فعلى من حر أو امرأتى طالق انها تلزم في القرب وفيما اذا التزمه الإنسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعق واختلفوا هل فيها كفارة أم لا ، .

وقال المحقق الحلي - رحمه الله - في شرائعه في البحث عما تنعقد به الميّن من كتاب الإيمان : « ولا يعقد الميّن بالطلاق ولا بالعناق ولا بالتحريم ولا بالظهار » .

وحينئذ ولو حلف العاى أن لا يفعل شيئا وإلا طارأه طالق وصادف أن فعل ذلك الشيء طارأه طارقة منه طبقا لما يدّين به ويرتب الشيعى عليها جميع الآثار التى ترتب على الفرقة والطلاق .

#### الفرع الثامن - الطلاق بالكتابة :

قال المحقق فى شرائعه فى البحث عن صيغة الطلاق : « ولا يقع الطلاق بالكتابة ولا بغير العربية » ، وفى الفقه على المذاهب الأربعة بين رأى المذاهب الأربعة بالنسبة الى كساية الطلاق ووقوع الفرقة به راجع من ص ٢٨٩ الى ص ٢٩٥ من الجزء الرابع .

والالتزام يتحقق أيضا لو طلق العاى زوجته بان كتب ذلك لها ولم يتلصط به مع قدرته على ذلك فهى مطلقة على مذهبه وزوجه على مذهب الشيعى ولكن قاعدة الالتزام تفرض وقوع الطلاق الزاما لهم بما ذهبوا اليه .

#### الفرع التاسع - طلاق من كان جاهلا بالحكم :

وتصوير هذا الفرع يكون فيما لو كان لشخص من الجعفرية زوجة سنية فطلقها سيرة شهود جاهلا بطلان هذا الطلاق عندنا ، أو كان ملجئا من قبلها على ايقاع مثل هذا الطلاق فان هذا الطلاق يكون صحيحا عندنا باطلا عندنا .

إد الاشهاد واجب في النكاح لا في الطلاق على العكس عند  
الجمهورية فاما هو واجب الاشهاد حين الطلاق لا النكاح .

وحينئذ فالزوج وإن كان مذهبه يقتضى عدم وقوع مثل هذا  
الطلاق إلا ان جريان قاعدة الالزام في الزوجة يكون موجبا لانقضاء  
عرى الزوجية وبينونة كل منهما عن الآخر كحكم واقعى ثابى فلا  
يتوارثان ولا نفقة لها عليه بل ترتب جميع الآثار المترتبة على الطلاق .  
هذه فروع الطلاق . ولو تأملنا لرأينا للطلاق فروعاً كثيرة  
ولكن المضابط هنا هو الزام السنة بكل طلاق فاسد عندنا صحيح  
عندهم وترتب جميع الآثار على ذلك لان من دان بدين لزمته أحكامه .

### المورد الثالث - البيع :

الفرع الأول - الشراء بالوصف :

قالت الشافعية بان من يشتري شيئاً بالوصف ، فله الخيار عند  
رؤيته وان كان المبيع حاوياً على الوصف المذكور قال في الفقه  
جزء ٢ ص ٢١٤ .

والشافعية قالوا : لا يصح بيع الغائب عند رؤية العاقدين أو أحدهما  
سواء كان المبيع غائباً عن مجلس العقد رأساً أو موجوداً به ولكنه  
مستتر لم يظهر لهما - الى قوله - فانه ما دام غائباً عن رؤيتهما فان بيعه  
لا يصح على أى حال .

وعلى هذا فيلزم من كان شافعيًا بهذه الصورة ويشتى لنا الخيار  
عليه لو اشترياً من أحدهم بالوصف ، وعدم الرؤية وان كان حاوياً على  
الوصف المذكور لان ذلك هو مورد الالزام لهم بما يدينون به .

### الفرع الثاني - الزيادة المتميزة :

لو اشترى الشخص أمة فحملت منه وولدت عنده ثم وجد بها عيباً سابقاً على العقد فقد قالت المالكية بأنه ليس له ردها وحدها بل يرد الولد معها أما الحنفية فقد قالوا بعدم الرد وعليه الأرض .

قال في كتاب الرحمة على هامش الميزان جزء ٢ ص ٢٠٥ .

• فصل اذا زاد المبيع زيادة متميزة كالولد والثره أمسك الزيادة ورد الأصل عند الشافعي وأحمد وقال مالك إن كانت الزيادة ولداً رد مع الأصل أو ثمرة أمسكها ورد الأصل وقال أبو حنيفة حصول الزيادة في يد المشتري يمنع الرد باليب بكل حال .

أما الجعفرية فقد منعوا رد الجارية بعد وطئها قال الشيخ الأنصاري - قدس سره - في مكاسبه ص ٢٥٥ طبعة إيران الحديثة ، فرع لا خلاف نصاً وفتوى في أن وطئ الجارية يمنع من ردها باليب ، إذا وطئ . الجارية يمنع من ردها عند الجعفرية وأما لو ولدت منه فإنها تعتق عليه لأنها تكون أم ولده ولا معنى للرد حينئذ

والالتزام في هذا الفرع يتحقق بالنسبة إلى المالك فإنه لو اشترى جارية ووطئها فحملت منه وولدت له ولداً ووجد بعد ذلك بها عيباً سابقاً فإن الالتزام له يقضى بإجباره برد الاثنين الأم والولد لأنه يدين بذلك فيلزم به .

المورد الرابع - الخيار :

الفرع الأول - خيار الشرط :

قالت المالكية : أن خيار الشرط يجوز بقدر الحاجة ، وقال

أبو حنيفة والشافعي لا يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام . قال في الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٧٨ .

والمالكية قالوا تقسم مدة خيار الشرط بالنسبة الى المبيع الى أربعة أقسام :

الأول في بيع العقار والخيار في هذا يمتد الى ستة وثلاثين يوماً وثمانية وثلاثين ( وثيقة الأقسام من هذا القيل ) والشافعية والحنفية يشترطون ثلاثة أيام ، والحابلة يشترطون في مدة الخيار أن تكون معلومة ، ولا حد لها ، وإنما الذي لا يصح هو أن يشترطه مدة مجهولة كبعتك بالخيار متى شئت ، :

أما الشيعة فلا تقيد به وقت قال المحقق الخلي - رحمه الله - في شرائعه بحث الخيارات من كتاب التجارة ما يلي : الثالث خيار الشرط وهو بحسب ما يشترطه أو أحدهما لكر يجب أن يكون مدة مصبوطة ولا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقيدوم الحاج ، وحيثئذ للمتعرفى الزام غيره من اتباع هؤلاء تحديد مدة الشرط وعدم التجاوز من ذلك .

### الفرع الثاني - خيار الغبن :

قال في المغني لاس قدامة ج ٣ ص ٥٨٤ : « فصل ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع - الى قوله - الثالث : المسترسل إذا غبن غناً فاحشاً تخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والامضاء وبهذا قال مالك وقال ابن أبي موسى وقد قيل وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم



العقد كييع غير المسترسل وكالمى اليـير .

أما الشيعة فقد قال المحقق - رحمه الله - فى شرائعه :

« الرابع من اشترى شيئاً ولم يكن من أهل الخبرة فظهر فيه عيب لم تجر العادة بالتعاس به كان له مسح العقد إذا شاء ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف إذا لم يحرج عن الملك أو يمنع ماسع من رده كالاستيلاد من الأمة والعنق ولا يثبت به أرش ، أما الالتزام فى ذلك فإن المغبون لو كان حنفياً أو شافعياً الرم بما يدين به من عدم ثبوت الخيار يسقط خياره لو تبين أنه مغبون فى معاملة وذلك تطبيقاً للقاعدة عليهم .

الفرع الثالث - خيار التصريح :

التصريح هو جمع اللبن وحسنه فى الضرع بفعله البائع لتكبير ضرع الشاة فيعثر المشتري بذلك وبشترها ظناً منه أن عظم الضرع طيبى لها ، قال فى الفقه جزء ٢ ص ٢٠٢ الحنفية قالوا : إذا اشترى المصرة فليس له ردها بذلك مطلقاً ، وإنما له المطالبة بالتعويض عما نقص من قيمتها بذلك العيب :

وأما الجعفرة فقد قالوا بأن للمشتري الخيار فى ذلك ، ففى كتاب اللبنة - حيث تعرض الى التدليس وأن به الخيار للمشتري - قال : « وكذا التصريح : وهى جمع لبن الشاة وما فى حركها فى ضرعها يتركها بغير حلب ولا رضاع فيظن الجاهل بحالها كثرة ما يحلبه فيرغب فى شرائها بزيادة وهو تدليس محرم وحكمه ثابت .

وترتيباً على هذا فلو اشترى شخص من العامة شاة وكانت مصراة فللبائع الامتناع من ردها لسقوط خيار المشتري إذا كان من العامة وعلى حسب ما يدينون به .

### المورد الخامس : الميراث :

#### الفرع الأول - التعصيب :

التعصيب هو توريث ما فضل من السهام المقررة في الشريعة الاسلامية الى عصة الميت - وهم على حسب تقسيم العامة - العصة بالنفس ، والعصة بالغير ، والعصة مع الغير ولزيادة التوضيح وبيان معرفة هؤلاء تفصيلاً راجع جميع كتب العامة .

ومسألة التعصيب أشهر من أن يطالب لها بدليل فتوريث العصة ، قالت العامة : وهي من أظهر موارد قاعدة الالتزام فثلاً لو مات الشخص وحلف أخا وفتناً فقد ذهبت الجعفرية الى إعطاء البنت نصف تركه الميت فرضاً واعطائها النصف الآخر رداً وعدم إعطاء الأخ والذي هو العم شيئاً لانه يأتي في الطبقة المتأخرة عن الابناء وإن نزلوا .

أما العامة فقد ذهبوا الى إعطاء البنت نصفها وإعطاء العم ما فضل من التركة لانه من عصة الميت وهو يمنع البنت ما يزيد على سهمها المقرر لها .

والآن ، فلو كان المتوفى سبياً - في المثال المذكور - والبنت أيضاً سبية والعم جعفرياً فيحق للعم أخذ ما يصله من الميراث تعصياً وإن كان لا يستحقه بحسب مذهبه لانه حق البنت رداً إلا أن الزامهم

بما الزموا به أنفسهم بطلبه هذا الحق والاحد منهم ما يورثونه وعلى هذا يكون الحال في جميع العصبه لو كانوا من الشيعة فهم يأخذون منهم ما يورثونهم طبقا لما تقتضيه قاعدة الالتزام .

### الفرع الثاني - إرث الزوجة :

أثرت العامة بتوريث الزوجة بما تركه الزوج وفي هذا الصدد يقول حسين على الأعظمي في موارثه ص ١٨٩ .

« واث الزوجة يكون من جميع تركه زوجها نفوداً ، أو عروضاً ، أو أراضي مملوكة ، أو بساتين أو غيرها ،

أما عند الشيعة فانها لو لم يكن لها ولد من الزوج فلا ترث من الأرض لا عينا ولا قيمة وأما من البناء والأشجار والتخيل وسائر ما هو ثابت في الأرض فانها ترث القيمة لا العين ولو كان لها ولد من الزوج فبعضهم الحقها بعير ذات الوالد في عدم التوريث إلا من القيمة والبعض الآخر لم يلحقها بل أعطاهما من الميراث ما تشترك به مع الغير عينا وقيمة .

قال في الشرائع في المقصد الثاني من كتاب الموارث :

« الخامسة إذا كان للزوجة من الميت ولد وورثت من جميع ما ترك ولو لم يكن لم ترث من الأرض شيئا وأعطيت حصتها من قيمة الآلات والإبنية . »

أما الالتزام في البين فانه يكون بالنسبة الى الزوجة التي لم يكن لها ولد فان العامة كما عرفت تورثها والشيعة لا يورثونها من العين ولو كانت الزوجة منومات زوجها المفروض كونه من العامة وأعطيت

الروجة الميراث فلها أحدهم منهم نظراً الى الرامهم بما يدينون به .  
وكذا اخال في ذات الولد لو كانت تقلد مجتهداً شيعياً يرى الحاقها بمن لم  
يكن لها ولد من حيث الميراث فانها أيضاً تلزمهم بالأخذ من الميراث .

### المورد السادس : الوصية لوارث :

قال في الموطاء ج ٢ ص ٢٢ .

« وسمعت مالكا يقول السنة الثالثة عدما اتى لا اختلاف فيها  
أه لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وانه  
ان أجاز له بعضهم وان بعض جاز له حق من أجاز منهم ومن أبي  
أحد حقه من ذلك ، راجع في هذا الفقه على المذاهب الأربعة  
جزء ٣ ص ٤٣٥ ، ص ٤٦٢ ، ومواريث الأعظمي ووصاياه ص ٩٢ .

أما الشيعة فقد قال المحقق الحلبي - رحمه الله - في شرائعه في بحث  
الوصايا « الرابع في الموصى له الى قوله وتصح الوصية للاحق  
وللوارث ، وجبت فلو كان الوارث الموصى له أو المقر له من تابعي  
أحد المذاهب الأربعة ألزم بطلان الوصية ويأخذ بقيمة الورثة ذلك  
المال الزاماً لهم بما دانوا به .

### المورد السابع : السلم

قال أبو حنيفة لا يجوز السلم إلا أن يكون جنس المسلم فيه  
موجوداً حال العقد ووقت التسليم وأما الجعفرية ونية المذاهب فانهم  
لم يشترطوا ذلك بل يصح عقد السلم عندهم ولو كان جنس المسلم فيه  
حين العقد معدوماً .

قال المحقق الخلي في شرائعه ص ١١٦ من كتاب التجارة ، الشرط السادس أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله ولو كان معدوماً حين العقد .

وقال صاحب كتاب راحة الأمة على هامش الميزان جزء ٢ ص ٦ :  
 « فصل يجوز السلم في المعدوم حين عقد السلم عند مالك والشافعي  
 واحد اذا علم وجوده عند المحل ، وقال أبو حنيفة لا يجوز إلا أن  
 يكون موجوداً من حين العقد الى المحل ، ومثل هذا ما جاء في الميزان  
 جزء ٢ ص ٨٠ ، وفي بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ ص ٣٠٣ وفي  
 الفقه على المذاهب جزء ٢ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

وعلى هذا فيلزم الحنفية كلهم فساد البيع في غير هذه الصورة  
 وهي فيما لو لم يكن جسس السلم موجوداً حال العقد .

المورد الثامن - الوديعة عند عيال الشخص :

لوديعة عندنا ليست بمضمونة مع المحافظة عليها من غير فرق بين  
 أن يحفظها الانسان عند ولده أو زوجته أو غيرهما بل عند كل شخص  
 يحفظ عنده ماله عادة قال العلامة الخلي في نصرته في البحث عن  
 الوديعة : « ويضمن المستودع مع التفريط لا بدونه ، وقال المحقق في  
 شرائعه في المورد نفسه « واذا استودع وجب عليه الحفظ ولا يلزمه  
 دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهراً ، .

أما أبو حنيفة ، فقد ذهب الى عدم وجوب الضمان لو أودعها  
 عند من يساكنه من العيال قال في الفقه على المذاهب ج ٣ ص ٣٤٤  
 « الحنفية قالوا على أن اللوديع أن يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة

من عياله - الى قوله - فاذا دفع الودعة لولده ونحوه ممن يساكنه من عياله فهلك عد الثاني فان الاول لا يضمن لاه دفعها لمن يصح أن يحفظ عنده ماله .

وبناء على هذا ، فلو أودع حنفي وديعة عند شيعي وأودعها الشيعي عد زوجته أو من يساكنه من عياله وتلفت فليس للحنفي أن يطالبه بتلك الودعة ولا بصهاها لان الشيعي قد أودعها عد من تصح الودعة عنده ولا شيء عليه الزاماً له بما يدين به من هدم الضمان في هذه الصورة .

### المورد التاسع - حج المخالفين :

من الفروع التي وقع الاختلاف فيها بين الفريقين الشيعة والسنة هو - طواف النساء - فبيها العامة لا يوجبونه في الحج نرى الشيعة يقولون بوجوبه وإن لم يكن ركناً من أركان الحج عندهم . وفرعوا على ذلك أن عدم الاتيان به يكون موجبا لعدم حلية النساء عليه ، قال الشهيد الثاني - رحمه الله - في شرح اللمعة عند التعرض لطواف النساء : « ولا يحل النساء بدونه مطلقاً حتى العقد » .

ومعنى ذلك أن من حج ولم يأت بطواف النساء فان الشيعة ترى زوجة ذلك الحاج محرمة عليه بحيث لا يجوز وطؤها كما لا يجوز له العقد على غيرها لكونه بعد لا يزال محرماً من هذه الجهة وطبيعي أن يكون بكاحه بعد ذلك باطلا وترتبطا على ذلك فلو حج سني وكانت له زوجة شيعية أو حجت السنية وكان لها زوج شيعي فان هذا الزوج وتلك الزوجة لا يحل لها

الطرف المقابل . وهكذا الحال في الحاج السي بعد حجه فان الشيعة يرون الفسء عليه محرمات فلا يسوع له التزويج بهن وهي مشككة يتبلى بها كثير من الناس .

ولحل هذه المشككة يمكننا ذكر الطرق الآتية :

١ - جريان قاعدة الالزام في حق السي سواء كان رجلاً أو امرأة ، وبطبيعة الحال يكون جريان القاعدة المذكورة في حقه موجباً لصحة النكاح في حقه ، واذا صح النكاح في حقه بواسطة الالزام المذكور كانت المرأة التي عقد عليها بعد حجه روجة له بحكم الواقع الثاوى فتقرب جميع آثار الزوجية في البين .

٢ - دعوى إمضاء عملية الازدواج معهم بعد حجهم من قبل الأئمة ~~عليهم السلام~~ لانتلاء الشيعة بذلك واحتلاطهم معهم مع العلم أنه لم يصدر من الأئمة (ع) ما فيه ادق اشارة الى بطلان الازدواج مع من حج منهم سواء كان الازدواج قبل حجه أو بعده ، بل لم يصدر من أحد من أصحاب الأئمة (ع) السؤال عن ذلك مع اختلاط الكثير من الأصحاب معهم في هذه الجهة ، فسكونهم (ع) وسكوت أصحابهم عن السؤال من أتمتهم (ع) دليل على امضاء عملية لزواج وصحتها فيكون ذلك من قبيل السيرة من الأصحاب وعدم الردع منهم (ع) مع أنها بمنظر وعسمع ، وذلك دليل على الامضاء والرضا به ، وحينئذ فتكون الفسء غير محرمات عليهم بعد حجهم .

٣ - اعتبار طواف الوداع في التأثير كطواف الفسء ، فقد اعتبرت العامة في الحج طواف الوداع والأغلب مهم يرون أنه واجب ولا بد من الإتيان به ، قال في الفقه على المذاهب الأربعة : جزء ١

ص ٥٣١ ، أما الطواف فأنواعه ثلثة ركن وهو طواف الزيارة ويسمى طواف الإفاضة ، وقد تقدم الكلام على وقته ، وواجب وهو طواف الوداع ويسمى طواف الصدر ، وسنة وهو طواف القدوم ، .

وفي مقام ما لو نسي الشيء طواف النساء فإذا يترتب عليه ، يقول صاحب الجواهر - رحمه الله - (١) ، وعلى كل حال فظاهر ما سمعته من النص والفتوى وجوب قضائه وإن كان قد طاف طواف الوداع مضافاً إلى كونه مستحاً فلا يحزى عن الواجب لكن قال الصادق عليه السلام في خبر اسحاق لولا ما من الله به على الناس من طواف الوداع لرجعوا إلى منازلهم ولا ينبغي أن يمسوا نسائهم بل عن علي بن بابويه الفتوى بذلك إلا أنه قاصر عن المعارضة من وجوه حصرها مع إمكان اختصاصه بالعمامة الذين لا يعرفون طواف النساء وإرادة المنة على المؤمنين بالنسبة إلى نسائهم غير المعارفات وكون المراد أن الاتفاق على فعل طواف الوداع سبب لتمكين الشيعة من طواف النساء إذ لولاه لزمته التقية بتركه غالباً . .

من هذه العبارة ، عرفنا أن علي بن بابويه - رحمه الله - يقول بالاكْتفاء بطواف الوداع عن طواف النساء لو نسيه الشخص منا ، وليس الذي ظهر من صاحب الجواهر - رحمه الله - المفروغية عن أن طواف الوداع يكون قائماً مقام طواف النساء لو كان الشخص من العمامة لأمّا ، ولأجل ذلك حمل الرواية عليه لا على ما استفاده علي بن بابويه - رحمه الله - من كون ذلك مطلقاً حتى بالنسبة إلى الشيعة لو نسي أحدهم طواف النساء ، وليس بعيد أن يكون المراد من تعبير



الامام عليه السلام في الرواية - لولا ما من الله به على الناس - هم السنة حيث يعبر الأئمة عليهم السلام عنهم بالناس في كثير من الموارد وحيث فيكون ذلك من قبيل الحكمة في الاكتفاء بطرافهم ، لوداعى عن طرافهم الناس وعلى هذا فان طواف الوداع يقوم مقام طواف النساء بالنسبة الى المامة وحيث فيجوز لنا الزواج منهم ، وكذا مسح المحل للشبهة للأخذ منهم

الفرع الثاني - العقد في حال الاحرام :

إذا أحرم الشخص حرمت عليه أمور عديدة ومنها النساء حتى العقد عليهن .

قال المحقق الحلي - رحمه الله - في شرائعه عند التعرض لتزويج الاحرام من كتاب الحج ، والنساء وطأ ولمساً وعقماً لنفسه ولغيره وشهادة على العقد .

أما ان رشد فيحدثنا عن الحمية يجوز ذلك حيث قال : في بدايته ص ٣٢٠ ، جزء ١ ، واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والأوراعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل ، وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة والثوري لا بأس بأن ينكح المحرم أو أن ينكح ، وبإزاء على هذا فيلزم من كان حنيفياً بتزويج جميع آثار الزوجية لو عقد في حال الاحرام إلزاماً له بما دان به ولا يمكنه التخلف عنه .

### المورد العاشر - الشفعة بالجوار :

لم تشفع جميع العامة الجار في بيع ما يجاوره من العقار بل اختلفت كلتهم في ذلك .

قال ابن رشد في بدايته ح ٢ ص ٢٥٣ ، الركن الأول وهو الشافع ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم . وقال أهل المراق الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحر شركة ، ، ثم الجار الملاصق ، وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم .

وقال في الشرايع في كتاب الشفعة ، الثاني في الشفع وهو كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن ويشترط فيه الاسلام اذا كان المشتري مسلماً فلا تثبت الشفعة بالجوار ولا فيما تسم ويميز إلا مع الشركة في طريقه أو نهري .

إذا فالشفعة عند الامامية لا تكون إلا بين شريكين بعد الخضوع لشروط معينة هناك فلا يتمكن الجار من الشفعة بالجوار إلا اذا اشتركا في طريق خاص على خلاف في هذا أيضا ، فبناء على هذا لو كان لسي جار شيعي وأراد السبي بيع داره فله شيعي أن يشفع بذلك البيع وأخذ ذلك المقار منه إلزاماً له بما يدين به وإن كان في الوقت نفسه لا تكون هذه العملية بما يقرها مذهب الشيعي ولكن الإلزام قد جعلها حكماً واقعياً ثانوياً .

هذه هي أهم موارد قاعدة الالتزام - وكما أسلفت - من العسير أن يحيط الإنسان بتمام موارد القاعدة بل الصابط هو أن للشيخ أن يلزم غيره من بقية المذاهب بما يدينون به إذا كان ذلك الالتزام في صالحه .

هذا ما تسي لي جمعه - بهذه المجالة - من محاضرات شيخنا الأستاذ - دام ظله - سائلا المولى عز وجل أن يوفقى لشر بقية محاضراته القيمة اه ولى التوفيق ؟

## فهرست الكتاب

|        |   |
|--------|---|
| ٧      | كلمة المؤلف                                     |
| ٩ - ٤٧ | <b>التأمين</b>                                  |
| ١١     | حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه                |
| ١٢     | تاريخ التأمين                                   |
| ١٣     | عقود التأمين                                    |
| ١٤     | أنواع التأمين                                   |
| ٠٠     | الشروط الأولية والاركان المطلوبة في عقد التأمين |
| ١٧     | التأمين عقد رضائي                               |
| ١٨     | طبيعة التأمين من الناحية الدينية                |
| ١٩     | عرض التأمين على المعاملات الشرعية               |
| ٢٠     | ما هو الضمان ؟                                  |
| ٢١     | أقسام الضمان ، ضمان اليد                        |
| ٢٢     | ضمان التلف ، ضمان الديون                        |
| ٢٣     | ضمان الاعيان المخصوصة                           |
| ٢٦     | ضمان الأمانة                                    |
| ٢٨     | ضمان الاعيان الشخصية                            |
| ٢٩     | الضمان الانشائي في الاعيان الخارجية             |
| ٣٣     | المدة بشرط تحمل الخسارة                         |
| ٣٤     | الصلح بشرط تحمل الخسارة                         |

|  |    |
|--|----|
| عرض التأمين على القواعد العامة             | ٣٥ |
| عرض التأمين على الأصول العملية             | ٣٦ |
| التأمين بالتقابل                           | ٣٧ |
| التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح     | ٣٩ |
| موقف الشريعة من الفوائد الربوية في التأمين | ٤٠ |
| إعادة التأمين                              | ٤١ |

## ١٣ - ٦٧ الأوراق النقدية

|   |    |
|---|----|
| تمهيد ، الربا ، مالية المال                         | ٤٥ |
| الوجه الأول من وجوه التغطية                         | ٤٧ |
| الوجه الثاني من وجوه التغطية                        | ٤٩ |
| الوجه الثالث من وجوه التغطية                        | ٥٠ |
| هل يتحقق الرضا في هذه الأوراق                       | ٥١ |
| الأوراق النقدية وما مائلها بعد سقوط اعتبارها المالي | ٥٣ |
| النقاط الأوراق النقدية                              | ٥٥ |
| ما هو المال مجهول المالك                            | ٥٦ |
| الخلاصة   | ٦٢ |

## ٦٣ - ١١٦ أعمال البنوك والمصارف

|                       |    |
|-----------------------|----|
| كلمة لابد منها        | ٦٥ |
| أقسام البنوك والمصارف | ٦٦ |
| البنوك الحكومية       | ٦٧ |

|   |     |
|---|-----|
| ( فهرست الكتاب )  | ٣٠٠ |
| البنوك الأهلية  | ٦٨  |
| البنوك المشتركة   | ٧٠  |
| الأمانات  | ٧١  |
| التوفير   | ٧٥  |
| الكفالات  | ٧٦  |
| أخذ الكفيل العمولة من المكفول                           | ٧٨  |
| لزام الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له              | ٧٩  |
| رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه                   | ٨٢  |
| الحالات   | ٨٣  |
| تحصيل الشيكات   | ٨٥  |
| تحصيل الأوراق التجارية                                  | ٨٦  |
| الحسابات الجارية ، بيع وشراء الأسهم والسندات            | ٨٧  |
| خصم الأوراق التجارية ( الكمبيالات )                     | ٨٨  |
| الكمبيالات السورية                                      | ٩٠  |
| صورتان لتصحيح الكمبيالات السورية                        | ٩١  |
| رجوع الشخص الثالث على المجير                            | ٩٣  |
| تصحيح الكمبيالة على طريق الهبة ، الفوائد التأخيرية      | ٩٥  |
| الاعتمادات المستندية                                    | ٩٨  |
| بيع البضاعة لو تخلف صاحبها عن تسليمها                   | ١٠٤ |
| خطاب الاعتماد   | ١٠٥ |
| معاملات مصارف الرهون ، العقار ، الصناعي                 | ١٠٦ |
| الوجه في أخذ المال من المصرف ، إعطاء الفوائد الى المصرف | ١٠٧ |

- ١٠٨ بيع العين المرهونة  
... شراء العين المرهونة

## ١١٧-١٢٨ السرقة

- ١١٩ ما هي السرقة ، النوع الأول من السرقة  
١٢٠ أخذ المال بأزاء السرقة  
١٢٣ موقف المالك من السرقة  
١٢٤ النوع الثاني من السرقة ، المستاجر والسرقة

## ١٢٩-١٤٢ تصفية الوقف الذري

- ١٣١ عرض وحديث  
١٣٣ التصفية والمذاهب الخمسة  
١٣٨ المدار في جواز تصفية الوقف  
١٤٠ استملاك الدور والساكنين  
١٤١ نهاية المطاف

## ١٤٣-١٥٨ ازالة الشروع

- ١٤٥ موضوع البحث  
١٤٦ كلمات الاعلام  
١٥٢ موارد البيع الاجارى  
١٥٦ الاستدلال بقاعدة نفي الضرر والضرار

٣٠٢ ( فهرست الكتاب )

١٥٩ - ٢٠٠ حقوق الزوجية

- ١٦١ الرباط المقدس  
١٦٢ حقوق الزوج ، حقوق الزوجة  
١٧١ الروايات  
١٨٩ حديث نفي الضرر والضرار  
١٨٢ ما هو الضرر والضرار  
١٨٦ الفرق بين الضرر والضرار  
١٨٧ الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن فيه  
١٩٣ الاستشهاد بسيرة السلف الصالح  
١٩٦ مدى إمكانيات الحاكم الشرعي ، الزوج معلوم المحل  
١٩٧ الزوج مجهول المحل ، طرق التبليغ الحديثة

٢٠١ - ٢٦٠ الشوارع المفتوحة من قبل الدولة

- ٢٠٣ موضوع البحث ، الأرض المفتوحة عمرة  
٢٠٤ العامر من المفتوح عنوة  
٢٠٨ التصرفات النافذة ، التصرفات غير النافذة  
٢١٤ معاملة الإمام أو الفقيه للناس في هذه الأراضي  
٢٢٠ الانتقال  
٢٢٧ خلاصة شاملة وعود الى الموضوع الأصلي  
٢٣٥ المساجد الواقعة في الشوارع  
٢٣٧ الفرق بين وقف المساجد والوقف على المسلمين  
٢٣٨ الآثار المترتبة على بقاء عنوان المسجدية



|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| البيع أو الكنائس وما يتبعها       | ٢٤٥ |
| البيع والكنائس قبل الاسلام        | ٢٤٦ |
| البيع والكنائس بعد الاسلام        | ٢٤٩ |
| مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع | ٢٥٦ |

## ٢٥٩ - ٢٩٧ قاعدة الالتزام

|  |     |
|--|-----|
| تعريف القاعدة ، أدلة القاعدة                             | ٢٦١ |
| ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي أو الإباحة          | ٢٦٤ |
| القول بالإباحة   | ٢٦٨ |
| نفيه   | ٢٧٣ |
| موارد قاعدة الالتزام ، المورد الأول في النكاح            | ٢٧٦ |
| الفرع الأول الأشهاد على النكاح                           | ... |
| الفرع الثاني في الجمع بين العمة والحالة ونفث الأخ والأخت | ٢٧٧ |
| الفرع الثالث العدة على اليائسة                           | ٢٧٨ |
| المورد الثاني في الطلاق الفاسد                           | ... |
| الفرع الأول ، الطلاق الثلاث من غير رجعة                  | ٢٧٩ |
| الفروع : الثاني والثالث والرابع                          | ٢٨٠ |
| الفرع الخامس طلاق المكره ، الفرع السادس الطلاق المعلق    | ٢٨١ |
| الفرع السادس الحلف بالطلاق                               | ٢٨٢ |
| الفرع الثامن الطلاق بالكسابة                             | ٢٨٣ |
| الفرع التاسع طلاق من كان جاهلا بالحكم                    | ... |
| المورد الثالث - البيع ، الفرع الأول الشراء بالوصف        | ٢٨٤ |

|   |     |
|---|-----|
| ( فهرست الكتاب )                                | ٣٠٤ |
| الفرع الثاني - الزيادة المتميزة                 | ٢٨٥ |
| المورد الرابع - الخيار ، الفرع الاول خيار الشرط | ٠٠٠ |
| الفرع الثاني - خيار الغبن                       | ٢٨٦ |
| الفرع الثالث - خيار التصرية                     | ٢٨٧ |
| المورد الخامس - الميراث ، الفرع الاول التعصيب   | ٢٨٨ |
| الفرع الثاني - أرث الزوجة                       | ٢٨٩ |
| المورد السادس - الوصية لو ارث                   | ٢٩٠ |
| المورد الثامن - الوديعة عند عيال الشخص          | ٢٩١ |
| المورد التاسع - حج المخالفين                    | ٢٩٢ |
| المورد العاشر - الشفعة بالجوار                  | ٢٩٦ |
| الفهارس   | ٢٩٨ |

## مصادر الكتاب

|                 |                                       |
|-----------------|---------------------------------------|
| محاضرات الاستاذ | محمود عزمى                            |
| القاموس         | للفيروز آبادى                         |
| تابع العروس     | للزبيدى                               |
| لسان العرب      | لابن منظور                            |
| الشرائع         | للمحقق الحلى                          |
| الجواهر         | للفقيه الشيخ محمد حسن النجفى          |
| العروة الوثقى   | للفقيه السيد الطباطبائى اليزدى        |
| القواعد         | للعلماء الحلى                         |
| جامع المقاصد    | للمحقق الكركى                         |
| المسالك         | للتبديد الثانى                        |
| التأمين         | لصالح حمود علوش                       |
| بوليصة          | صادرة من الشركة الامريكية             |
| الوسائل         | للشيخ الحر العاملى                    |
| الوقا           | للملا محمد الفيض الكاشانى             |
| وسيلة النجاة    | للسيد أبو الحسن الاصفهانى             |
| تبصرة المتعلمين | للعلماء الحلى                         |
| المصارف         | لحسن محمد ربيع                        |
| الرياض          | للسيد مير محمد على الطباطبائى الحائرى |
| الخلاى          | للشيخ الطرمى                          |

|   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| التذكرة   | للعلامة الحلي                        |
| شرح أحكام تصفية الأحماس                                       |                                      |
| التاح الجامع للأصول في أحاديث الرسول (ص) لا في السعادات مبارك |                                      |
|   | ابن محمد المعروف بابن الأثير الشافعي |
| دليل القضاء الشرعي  | للسيد محمد صادق بحر العلوم           |
| مدابة المجتهد   | لابن رشد                             |
| التحرير   | للعلامة الحلي                        |
| الفتاوى   | للسيد أبا رضا الهمداني               |
| اللمعة وشرحها   | للسيد محمد بن                        |
| بلغة الفقيه   | للسيد محمد بحر العلوم                |
| مفتاح الكرامة   | للسيد محمد جواد العاملي              |
| المعنى  | لابن قدامة                           |
| الأم  | للشافعي                              |
| دليل العروة الوثقى  | للسيد حسن سعيد الطهراني              |
| الموطأ  | للمالك                               |
| موايد وصايا   | للسيد علي الأعظمي                    |

## جدول الخطأ والصواب

| رقم الصحيفة | رقم السطر | الخطأ               | الصواب              |
|-------------|-----------|---------------------|---------------------|
| ٨           | ١٥        | أراؤه               | أراه                |
| ٣١          | ٨         | تحمل                | تحملا               |
| ٣٦          | ٩         | شاملا               | شامل                |
| ٣٨          | ١١        | تضامن               | تضامناً             |
| ٥٢          | ٢         | والندست حلم في وفات | والندست في وقت واحد |
| ٥٦          | ٨         | يعرف                | نعرف                |
| ٧٦          | ٩         | فرق                 | فرقاً               |
| ٧٩          | ١٦        | مقدار               | مقداراً             |
| ٨٠          | ١٦        | الكفيل              | للكفيل              |
| ٨٥          | ٥         | المستلم             | المسلم              |
| ٨٨          | ٤         | تعريف               | تعريف               |
| ٨٩          | ١         | مبلغ                | مبلغاً              |
| ٩١          | ٧         | وتسعين              | وتسعون              |
| ٩١          | ٢٢        | باستلام             | بمسلم               |
| ١٠٤         | ٨         | فلو مالمو           | فلو                 |
| ١١٠         | ٦         | عدل معين            | عدل معين لزم        |
| ١٢٠         | ٥         | الشروط              | من الشروط           |
| ١٢٥         | ١٣        | ذمته                | بذمته               |

جدول الخطأ والصواب

٣٠٨

| الصواب    | الخطأ    | رقم السطر | رقم الصحيفة |
|-----------|----------|-----------|-------------|
| النشاع    | الشاع    | ١٣        | ١٤٦         |
| ٢٦٤       | ٢٦٤      | ١٨        | ...         |
| يصنع      | يصع      | ١٠        | ١٦٣         |
| ترتيب     | ترتياً   | ١٨        | ...         |
| يفي       | يف       | ١٢        | ١٧٣         |
| يفي       | يفي      | ١٣        | ...         |
| أو وكيله  | أو كيله  | ٣         | ١٧٨         |
| حقه       | عقد      | ٢         | ٢٠٠         |
| فلم ير    | فلم يرى  | ١٧        | ٢٠٧         |
| شبهها     | شبهها    | ١         | ٢٠٩         |
| انها      | انه      | ٢١        | ٢١٠         |
| ياخذون    | فياخذوا  | ١         | ٢١٥         |
| ٢٢٤       | ٢٤٤      | ٢١        | ٢٢٦         |
| متافياً   | متاف     | ١١        | ٢٣٨         |
| عنى       | عن       | ٩         | ٢٦٣         |
| باطلاً    | باطل     | ١٩        | ٢٦٤         |
| الاستشهاد | الاستشاد | ١٠        | ٢٧٥         |
| حراماً    | حرام     | ٨٠        | ٢٧٥         |
| وحلالاً   | وحلال    | ...       | ...         |
| وكالغنى   | وكالغنى  | ...       | ٢٨٧         |



## يشتمل هذا الكتاب على :

- ١ - التأمين
- ٢ - الأوراق النقدية
- ٣ - اعمال البنوك والمصارف
- ٤ - الرقضية
- ٥ - تصفية الوقف الدرى
- ٦ - البيع القهرى او إزالة الشبوع
- ٧ - حقوق الزوجية وآثارها الوضعية
- ٨ - الشوارع المفتوحة من قبل الدولة
- ٩ - قاعدة الالزام







LIBRARY  
OF  
PRINCETON UNIVERSITY



32101 072543299

